Der Sonderkonkurs

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität
Tübingen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Vorgelegt von

Arno Eberhard

Referendar in Stuttgart

Buchdruckerei M. Ableiter, Stuttgart-Untertürkheim
1915

Genehmigt am 1. August 1914 auf Antrag
des Referenten Professor Dr. Hegler.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0054

Inhalts-Verzeichnis.

A) Entwicklung des Begriffs.

§ 1. Einleitung und geschichtlicher Ueberblick . . . . S. 1
I. Allgemeines 1
II. Römisches Recht 1
III. Gemeines Recht 3
IV. Preußische Konkursordnung 6
V. Partikularrecht 8

§ 2. Stellung der neueren Gesetzgebung und Literatur S. 10
I. Entwurf einer Gemeinschuldordnung 10
II. Reichskonkursordnung und Motive 11
III. Gegenansichten 14
IV. Folgen 29

§ 3. Berechtigung und Wesen des Begriffs: Sonderkonkurs . . . . . S. 30

A) Berechtigung des Begriffs
I. Gegenüber der Stellung der Motive 30
II. Konkurs ein Zustand des Schuldners, daher kann Rechtssubjekt allein Konkurs haben; wie nun ein Vermögensteil? Zwei Erklärungsversuche 31

B) Wesen des Begriffs.
I. Entwicklung der induktiven Methode 34
II. Wesen des Inlandskonkurses 48
III. Vergleich u. Widerlegung der Theorie von Labes 51
IV. Verhältnis des Sonderkonkurses zum Absonderungsrecht 55

B) Die rechtliche Behandlung des Sonderkonkurses und zwar in den gewöhnlichen Fällen (Konkurs der offenen Handelsgesellschaft und Nachlaßkonkurs).

I. Der Gemeinschuldner im Sonderkonkurs.

§ 4. Wer ist Gemeinschuldner im Sonderkonkurs? S. 61
I. Die verschiedenen Ansichten 61
II. Der Gemeinschuldner, wenn nur eine Person Inhaber der Masse ist 64
III. Der Gemeinschuldner, wenn mehrere Inhaber der Masse sind 68
IV. Fortdauer des Gesamthandverhältnisses . . . 72

§ 5. Stellung zur Sonderkonkursmasse, betr. Verwaltung und Verfügung (einschl. Prozeßführung) S. 74
I. Allgemeines 74
II. Verlust des Verfügungsrechts 74
III. Verlust des Verwaltungsrechts 77

§ 6. Die Rechte des Gemeinschuldners im Sonderkonkursverfahren . . . . . S. 81
I. Allgemeines 81
II. Die Ansichten bei Gemeinschuldnermehrheit . 83
III. Einzelne Rechte 91
IV. Gewährung von Unterstützung 95
§ 7. Die Pflichten des Gemeinschuldners im Sonderkonkursverfahren . . . . . S. 98
I. Allgemeines 98
II. Offenbarungseid und Wohnungszwang . . . 99
III. Sonstige Beschränkungen 102
§ 8. Die Wirkungen der Sonderkonkurseröffnung auf die sonstige Stellung des Gemeinschuldners S. 102
I. Allgemeines 102
II. Die verschiedenen Ansichten 103
III. Kritik 105
§ 9. Die eventuell strafrechtliche Haftung des Gemeinschuldners . . . . . S. 109
I. Grundsätzliche Anwendbarkeit jener Normen . 109
II. Mittäterschaft 110
III. Auf welches Vermögen muß sich die strafbare Handlung beziehen? 112
IV. Schuldfrage 115
V. Realkonkurrenz 116
II. Die Konkursmasse im Sonderkonkurs.
§ 10. Feststellung der Masse . . . . . S. 117
I. Die Masse i. a. 117
II. Neuerwerb 118
III. Beschränkung auf das pfändbare Vermögen . 119
IV. Das konkursfreie Sondervermögen 122
§ 11. Vermehrung der Konkursmasse durch Anfechtung S. 123
I. Allgemeine Voraussetzungen 123
II. Rechtshandlungen b. Gemeinschuldnermehrheit 124
III. Die einzelnen Anfechtungsgründe 127
§ 12. Verminderung der Konkursmasse durch Aussonderung . . . . . S. 130
§ 13. Verminderung der Masse durch Aufrechnung . S. 131
III. § 14. Die Stellung der Massegläubiger . . . . . S. 134
I. Schuldner der Massegläubiger 134
II. Haftung des Gemeinschuldners für Massenverbindlichkeiten 140
IV. § 15. Die Konkursgläubiger im Sonderkonkurs . . S. 144
I. Sondergläubiger und Nichtsondergläubiger . 144
II. Der Gemeinschuldner Konkursgläubiger . . . 145
III. Besondere Arten 146
IV. Rechtsstellung 148

V. **§ 16. Beendigung des Sonderkonkurses durch Zwangsvergleich** . . . . . S. 158
I. Abschluß des Zwangsvergleichs 158
II. Wirkungen 163

VI. **Der Konkurs über das Nichtsondervermögen eines Gemeinschuldners (Privatkonkurs).**

§ 17. Der Konkurs über das Vermögen exklusive Sondervermögen (i. a.) . . . . . S. 166
I. Wesen 166
II. Einzelheiten 168

§ 18. Zusammentreffen von Sonder- und Privatkonkurs . . . . . S. 173
I. Die möglichen Fälle 173
II. Behandlung bei Zusammentreffen 177

§ 19. Mehrheit von Konkursen über Nichtsondervermögensmassen . . . . . S. 186

§ 20. Rückgriff der Massen . . . . . S. 187
I. Allgemeines 187
II. Grundsatz des § 68 K.O. 188
III. Zuvielempfang 188

C) Weitere Fälle des Sonderkonkurses.

§ 21. Grundsätzliche Statthaftigkeit besonderer Fälle S. 189

§ 22. Einzelne Fälle . . . . . S. 192
I. Kein Konkurs über das kaufmännische Vermögen eines Einzelkaufmanns 192
II. Gesellschaft des B.G.B. 193
III. Der nicht rechtsfähige Verein 195
IV. Das Reedereivermögen 197
V. Zweitkonkurs 200
VI. Erstkonkurs im Verhältnis zum Zweitkonkurs 206
VII. Konkurs der Ehefrau beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung 209
VIII. Allgemeine Gütergemeinschaft 217
IX. Konkurs über das noch ungeteilte Gesamtgut 219
X. Konkurs über das mit einem Nießbrauchsrecht belastete Vermögen 224
XI. Fideikommißvermögen 226
XII. Fall des § 419 B.G.B. 228
XIII. Fusion zweier Aktiengesellschaften 228
XIV. Konkurs des § 219 Abs. 1 K.O. 229
XV. Konkurs über das dem Fiskus angefallene Vermögen (§ 46 B.G.B) 230
XVI. § 1 des Gesetzes über die Bauforderungen 231
XVII. Tod des Gemeinschuldners 231

Literatur-Verzeichnis.

I. Spezialliteratur:

1. Kommentare:

Jäger Kommentar zur Konkursordnung 2. Aufl. und 3./4. Aufl. (bis § 201).

Sarwey-Bossert Konkursordnung 3. Aufl. 1896 u. 4. Aufl. 1901.

Wilmowski-Kurlbaum-Kühne Konkursordnung 6. Aufl. 1906.

Petersen-Kleinfeller Konkursordnung 4. Aufl. 1901.

Willenbücher-Günther Konkursordnung 3. Aufl. 1909.

Wolff Konkursordnung 1900.

Meyer Konkursordnung 1900.

Sydow-Busch Konkursordnung 1911 (11. Aufl.)

Warneyer Konkursordnung 1913.

2. Lehrbücher:

Endemann Das deutsche Konkursverfahren 1899.

Oetker Konkursrechtliche Grundbegriffe I 1891.

Kohler Lehrbuch des Konkursrechts 1891.

— Leitfaden 1903.

Seuffert Konkursprozeßrecht 1899.

Breitling-Schöninger Grundzüge des Konkursrechts und -verfahrens 1908.

Fitting Reichskonkursrecht und -verfahren 1904.

Hellmann Lehrbuch des deutschen Konkursrechts 1907.

— in Birkmeyer's Enzyklopädie.

Buchka-Oetker-Lehmann Die Konkursordnung in alter und neuer Gestalt 1899.

3. Einzelabhandlungen:

Jäger Voraussetzungen eines Nachlaßkonkurses 1893.

— Konkurs der offenen Handelsgesellschaft 1897.

— Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs 1898.

Hellwig Anspruch und Klagrecht 1900.

Labes Begriff und Fälle des Sonderkonkurses in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht Bd. 62 S. 110 ff.

Schwarz Recht und Rechtssubjekt in Archiv für bürgerliches Recht Bd. 32 S. 12 ff., 18; 52 ff.

Hagenguth Beitrag zur Lehre vom Sonderkonkurs (Heidelb. Diss.) 1912.

Schröder Tod des Gemeinschuldners, Busch's Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 28 S. 1 ff.

Schad Der Gemeinschuldner nach der Reichskonkursordnung (Tüb. Diss.) 1902.

II. Sonstige Literatur:

Dernburg Bürgerliches Recht Bd. 1 und 4.
Planck Kommentar zum B.G.B. Bd. 1 und 4.
Kommentar von Reichsgerichtsräten (1913).
Gaupp-Stein Kommentar zur C.P.O. (1913).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G.) und in Strafsachen (R.G.St.).
Mugdan-Falkmann Entscheidungen der Oberlandesgerichte (R.O.L.G.).
Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Leipziger Zeitschrift für Handels- und Konkursrecht (L.Z.).
Busch's Zeitschrift für den Zivilprozeß.
Deutsche Juristenzeitung (D. J.Z.).
Juristische Wochenschrift (J.W.).

A) Entwicklung des Begriffs.

§ 1. Einleitung und geschichtlicher Ueberblick.

I. Das Konkursverfahren umfaßt normalerweise das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen eines Gemeinschuldners (§ 1 K.O.). In der Regel ist also der Konkurs Universalkonkurs zur Befriedigung aller Gläubiger aus dem gesamten Vermögen eines Schuldners. Insbesondere ist dies auch der Fall beim Konkurs juristischer Personen; denn die Rechtsordnung verleiht ihnen Rechtssubjektivität und damit die Fähigkeit, Schuldner zu sein. Kommt daher eine juristische Person in Konkurs, so ist dieser Konkurs stets Universalkonkurs, da die Konkursmasse aus ihrem gesamten Vermögen gebildet wird.

Ausnahmsweise ergreift der Konkurs nur einen Teil des gemeinschuldnerischen Vermögens, während der andere Teil konkursfrei[1]) bleibt oder in eine selbständige Gant verfällt. Fälle solcher Art bezeichnete man im gemeinen Recht im Gegensatz zum Universalkonkurs als Partikular- bezw. Spezialkonkurs, ohne daß mit diesem Ausdruck freilich durchweg ein einheitlicher Begriff verbunden worden wäre. Jedenfalls hat sich eine einheitliche Doktrin nicht herausgebildet, so daß der Begriff vielfach unklar gefaßt war. Bei einer Anzahl von Schriftstellern[2]) erscheint er daher nur mehr als eine Art Sammelbegriff, durch den sie die Fälle, welche nicht als Universalkonkurs bezeichnet werden konnten, zusammenfassen wollten.

II. Schon im römischen Recht gab es Fälle eines Partikularkonkurses, freilich eigentlich nur der Sache nach und nicht ausdrücklich als concursus particularis bezeichnet. In einigen Fällen nämlich war es einem Kreis von Gläubigern gestattet, auf Absonderung eines gewissen Teils des gemeinschuldnerischen Vermögens von demselben und auf

[1]) Dieser Begriff ist hier im weiteren Sinne gefaßt; wohl zu scheiden sind von dem oben genannten Fall die Fälle des nicht beschlagnahmefähigen und erst nach Konkurseröffnung erworbenen Vermögens des Gemeinschuldners, welche man gewöhnlich auch als Fälle von Konkursfreiheit bezeichnet.

[2]) Vor allem Günther, Der Konkurs der Gläubiger (1852), S. 75.

ihre ausschließliche Befriedigung aus demselben zu bringen. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller[1]) bezeichneten daher diese Fälle des römischen Rechts in der Regel als Separationsrechte und die betreffenden Gläubiger als Separatisten ex iure crediti, im Gegensatz zu den Aussonderungsberechtigten, den Separatisten ex iure dominii. Da gerade das gemeine Recht aber auf diese Fälle später dann den Begriff Partikularkonkurs anwendete, so sind schon an dieser Stelle die einzelnen Fälle zu erwähnen.

1. Die Erbschaftsgläubiger konnten verlangen, daß die Erbschaft von dem übrigen Vermögen des Erben abgesondert werde, um daraus unter Ausschluß der übrigen Gläubiger befriedigt zu werden.[2]) Ob sie dann für den Ausfall in diesem Verfahren sich an das Vermögen des Erben halten konnten, war eine Streitfrage.[3])

2. Ferner konnten die Gläubiger eines Haussohnes, der soldatisches Sondergut erworben hatte und hinsichtlich dieses Sondervermögens jenen Gläubigern etwas schuldig geworden war, auf Absonderung des Sondergutes dringen gegenüber denjenigen Gläubigern, deren Schuldner er war, noch ehe er Soldat wurde.[4])

3. Hatte ferner ein Sklave für seinen Herrn zwei Handlungen (tabernae) betrieben, so konnten die Gläubiger der einen Handlung darauf antragen, daß das Vermögen der Handlungen nicht zusammengeworfen werde, sondern daß sie ausschließlich aus dem Vermögen derjenigen Handlung befriedigt werden, welcher sie kreditiert hatten (beneficium quasi separationis).[5])

In diesen freilich vereinzelten Fällen kommt durchweg der Gedanke zum Ausdruck, daß in Ansehung eines bestimmt abgegrenzten Vermögensteiles des Schuldners, der hereditas, des peculiums und der taberna, zu Gunsten derjenigen Gläubiger, welche mit Rücksicht auf dieses Sondergut Kredit gewährt hatten, abgesonderte Befriedigung erfolgte. Das Recht zu separieren stand den Separatisten ex iure crediti zu, mochte der Schuldner solvent sein oder nicht.

---

[1]) Reinhardt, Die Lehre vom Gant (1819), § 33; anders Fuchs, Das Konkursverfahren (1863), S. 2, der schon die Fälle des römischen Rechtes als Partikularkonkurs behand.; vgl. auch Schweppe, System des Konkurses der Gläubiger, § 148.

[2]) l 1 § 1 D 42, 6.

[3]) S. darüber l 3 § 1 u. 2 D 42, 6; l 5 D 42, 6; l 1 § 17 D 42, 6.

[4]) l 1 § 9 D 42, 6.

[5]) l 5 § 15 D 14, 4; s. auch Reinhardt a. a. O. § 34: Hagenguth, Beitrag zur Lehre vom Sonderkonkurs, S. 4 ff.

Nur wenn der Vermögensteil zur Befriedigung aller separationsberechtigten Gläubiger voraussichtlich nicht ausreichte, machte sich das Konkursbedürfnis geltend.[1]) Ein concursus particularis war indes noch nicht zur Entwicklung gelangt.[2])

III. In Fortbildung der soeben geschilderten Anfänge im römischen Recht hat man in Deutschland[3]) diese Fälle als Partikularkonkurse behandelt und für den Begriff schon frühzeitig ein objektives und subjektives Moment unterschieden. Zu erwähnen ist hier vor allem die Begriffsbestimmung von Stryk[4]) concursus particularis et ratione subiecti, ubi certi tantum creditores conveniunt, et ratione obiecti, ubi non omnia bona, sed certa tantum in concursum veniunt. Sowohl in der Beschränkung der Masse als auch in der Beschränkung der Gläubigerbeteiligung wurde demnach hier das Wesen des Partikularkonkurses erblickt.

Trotzdem hat sich im gemeinen Recht ein einheitlicher Begriff nicht herausgebildet. Zwar schloß sich eine Mehrheit von Schriftstellern[5]) an die Begriffsbestimmung von Stryk an, so daß der Partikularkonkurs im wesentlichen als Folge eines zu Gunsten gewisser Gläubiger bestehenden Separationsrechtes betrachtet wurde.[6]) Allein wieder andere[7]) sahen das Merkmal eines Partikularkonkurses lediglich in der Beschränkung der Masse auf einen Vermögensteil des Schuldners, während das subjektive Moment der Teilnahme einer beschränkten Anzahl von Gläubigern von ihnen nicht berücksichtigt wurde.

Daneben war es noch außerordentlich bestritten, welche Fälle außer den oben schon erwähnten überhaupt hieher zu

---

[1]) Hagenguth a. a. O. S. 3.

[2]) Endemann, Das deutsche Konkursverfahren S. 37 Note 4.

[3]) Im Gegensatz zu dem spanisch. Rechtslehrer Salgado de Samoza, der ebenfalls die Unterscheidung in Universal- und Partikularkonkurs kannte, unter letzterem aber lediglich den Streit zwischen mehreren Mitgläubigern wegen vorzugsweiser Befriedigung in dem von einem von ihnen gegen den Schuldner geführten Prozesse verstand, während im Universalkonkurs sämtliche Gläubiger in dem von dem Schuldner veranlaßten Verfahren mit diesem und untereinander wegen ihrer Befriedigung aus dem Gesamtvermögen streiten.

[4]) Fuchs a. a. O. S. 2.

[5]) Gönner, Handbuch, Band 4 § 12; Schweppe a. a. O. § 149; Bayer, Konkursprozeß (1836) § 21; Fuchs a. a. O. § 1.

[6]) Endemann a. a. O. S. 37; über Auseinandergehen von Separationsrecht und Sonderkonkurs vgl. Hagenguth S. 7.

[7]) Insbesondere Günther a. a. O. S. 75 f., namentlich S. 77.

zählen seien. Zwar herrschte Uebereinstimmung darüber, daß über ein Lehen oder ein Stammgut zu Gunsten derjenigen Gläubiger, welche an diesen Vermögenskomplex etwas zu fordern hatten, ein besonderes Konkursverfahren zulässig sei. Im übrigen war aber die Bezeichnung weiterer Fälle als Partikularkonkurs äußerst zweifelhaft. Als solche wurden im einzelnen folgende angesehen:

1. Der Gerichtsgebrauch[1]) gewährte in Erweiterung der actio tributoria des römischen Rechts den Gläubigern eines Handelsmannes, welcher mehrere getrennte Etablissements hat, in Bezug auf jede derselben ein Absonderungsrecht.

2. In einem Staate, dessen Untertan der Gemeinschuldner nicht ist, konnte nach Günther[2]) ein Partikularkonkurs eröffnet werden, welcher alle in den Grenzen dieses Staates befindlichen Vermögensteile ergreift; aber sowohl inländische wie ausländische Gläubiger[3]) konnten sich an diesem Verfahren beteiligen.[4])

3. Ferner räumte Dabelow den Gläubigern eines Schuldners, dessen Güter verkauft worden sind, gegen die Gläubiger des Käufers ein Separationsrecht ein.

4. Nach manchen wurde auch den Gesellschaftsgläubigern ein Absonderungsrecht zugestanden, z. B. Gmelin.[5])

Am weitesten ging aber Gönner[6]), der die Zulässigkeit weiterer Fälle auf einen allgemeinen Grundsatz zurückführen zu müssen glaubte. Die Merkmale eines Partikularkonkurses waren nach seiner Ansicht folgende:

a) Der Vermögensteil, der Konkursmasse des Partikularkonkurses werden soll, muß ein eigenes, vom Gesetz als solches anerkanntes Gütercorpus (universitas rerum) sein.

b) Die Forderungen der Gläubiger müssen mit einer solchen Gütermasse in einem besonderen Verhältnis stehen.

c) Diese Gläubiger müssen berechtigt sein, darauf anzutragen, daß dieses Gütercorpus vom übrigen Vermögen des Schuldners gesondert und besonders unter sie verteilt werde.

[1]) Ebenso Gönner a. a. O. § 12; Fuchs a. a. O. S. 3; Schweppe § 148, dagegen Reinhardt a. a. O. § 65; Bayer a. a. O. § 21.

[2]) a. a. O. S. 77; bezüglich des verschiedenen Einflusses der Territorien vgl. Schweppe a. a. O. § 150.

[3]) Ebenso Bayer § 21.

[4]) Hagenguth S. 6.

[5]) Dagegen Reinhardt § 65.

[6]) Handbuch IV § 12; vgl. auch Hagenguth S. 6.

Allgemeine Anerkennung hat dieser Grundsatz freilich keineswegs gefunden. Vielmehr hat die herrschende Meinung in der Hauptsache nur die oben aufgezählten Fälle als Partikularkonkurs zugelassen.[1])

Wenn man nun den Partikularkonkurs lediglich als Folge eines Absonderungsrechtes angesehen hätte, so wäre es eigentlich folgerichtig gewesen, ihn nur neben einem Universalkonkurs stattfinden zu lassen. Die herrschende Meinung[2]) hatte jedoch einen anderen Standpunkt eingenommen und einen selbständigen Partikularkonkurs auch ohne Universalkonkurs für zulässig erklärt. Doch wurde es aber immerhin als das Normale angesehen[3]), daß erst nach Eröffnung eines Universalkonkurses ein Partikularkonkurs beantragt wurde.

In engem Zusammenhang damit war die weitere Frage zu erörtern, ob ein Partikularkonkurs ohne festgestellte Insuffizienz des gesamten gemeinschuldnerischen Vermögens möglich sei oder ob sich die Unzulänglichkeit allein auf die Sondermasse zu beziehen habe. Die herrschende Meinung[4]) bejahte die Zulässigkeit ohne Totalüberschuldung und betonte dadurch die Selbständigkeit der betreffenden Vermögensmassen noch weit mehr, als es bisher geschehen war.

Im einzelnen waren die hier sich erhebenden Zweifelsfragen durchaus nicht geklärt, zumal da es ja auch an gesetzlichen Anhaltspunkten gänzlich fehlte. Das Verfahren allein gestaltete sich nach dem übereinstimmenden Urteil der Rechtsgelehrten[5]) keineswegs verschieden von demjenigen des Universalkonkurses. Insbesondere war auch hier die Reihenfolge der einzelnen im gemeinen Recht bestehenden Konkursstadien streng einzuhalten.[6])

Interessant ist übrigens, wie Gönner[7]) zu zeigen sucht, welche wichtigen Folgen der Partikularkonkurs im Gegensatz zum Universalkonkurs nach sich zieht:

a) So sei beim Partikularkonkurs hinsichtlich der Eröffnung des Verfahrens der iudex rei sitae kompetent und nicht der iudex domicilii.

[1]) Gegen Gönner besonders Bayer, Fuchs und Schweppe a. a. O.

[2]) Schweppe a. a. O. § 149; Fuchs a. a. O. § 63; a. A. Günther a. a. O. S. 76.

[3]) Schweppe und Fuchs a. a. O.

[4]) Bayer a. a. O. § 21.

[5]) Fuchs, Günther und Gönner a. a. O.

[6]) Vgl. Fuchs, Günther, Gönner a. a. O.

[7]) a. a. O.

b) Die Gläubiger des Partikularkonkurses bilden unter sich eine besondere, von den Gläubigern des Universalkonkurses unabhängige Gemeinschaft (wichtig z. B. bezüglich der Wirkung der Nachlaßverträge).

c) Sind ferner bei dem allgemeinen Konkurs viele ältere hypothekarische Gläubiger vorhanden, so könnte ein Gläubiger, der beim Partikularkonkurs als einer der ältesten Hypothekare ohne Zweifel seine Befriedigung erhalten würde, gar leicht seine Forderung verlieren, wenn er bei Nichtzulassung eines Partikularkonkurses den älteren hypothekarischen Gläubigern im Universalkonkurs nachstehen müßte.

d) Endlich gestalte sich der Ausgang eines Partikularkonkurses wesentlich rascher.

Dieser kurze Ueberblick zeigt, daß im gemeinen Recht, wenn auch schon sehr bemerkenswerte Ansätze für die Unterscheidung in Universal- und Partikularkonkurs vorhanden waren, eine einheitliche Lehre über dieses besondere Institut sich nicht entwickelt hat und daß insbesondere über die Frage der Zulässigkeit weiterer Fälle erhebliche Zweifelsfragen bestanden.

IV. Eine festere Gestalt nahm die Lehre vom Partikularkonkurs in der preußischen Konkursordnung von 1855 an. In § 1 Abs. II war dort die Bestimmung getroffen:

> Ein Konkurs, welcher sich auf einen Teil des Vermögens des Gemeinschuldners beschränkt (Partikularkonkurs), kann nur in den durch das gegenwärtige Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen eintreten.

In dieser Vorschrift hat diese Konkursordnung ein Doppeltes zum Ausdruck gebracht. Einmal wurde der Begriff des Partikularkonkurses festgelegt und zwar dahingehend, daß einzig und allein die Beschränkung der Konkursmasse auf einen Vermögensteil maßgebend sei; ob sämtliche Gläubiger des Gemeinschuldners oder nur eine bestimmte Anzahl teilnahmeberechtigt seien, wurde als begriffswesentlich nicht erachtet. Andererseits war aber auch über die Zulässigkeit weiterer Fälle entschieden, indem die in der Konkursordnung selbst angeführten Fälle nicht vermehrt werden konnten.

Die Fälle nun, in denen ein Partikularkonkurs stattfand, waren folgende[1]):

[1]) Vgl. zum Folgenden Goltdammer, Kommentar zur preuß. K.O. § 1 Anm. 9.

1. Nach §§ 259 und 261 konnte über einen Nachlaß zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger ein besonderes Konkursverfahren stattfinden.

2. Ebenso hatten auch die eigenen Gläubiger nach § 260 vgl. mit § 37 Nr. 2 das Recht, die Absonderung des eigenen Vermögens des Erben vom Nachlaß zu beantragen und damit einen Partikularkonkurs herbeizuführen.

3. Ferner hatten die Realgläubiger ein Recht auf abgesonderte Befriedigung (§ 263), so insbesondere hinsichtlich der Immobilien; dasselbe galt auch für die Berg- und Schiffsgläubiger (§ 271).

4. Bei der Zahlungseinstellung einer Handelsgesellschaft waren gesonderte Konkurse über das Gesellschaftsvermögen und das Privatvermögen der Gesellschafter zulässig (vgl. §§ 36 und 286). Der Gesellschaftskonkurs galt hier als Partikularkonkurs, obwohl die Handelsgesellschaft allgemein als juristische Person angesehen wurde.[1]) Aber auch der Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters wurde als Partikularkonkurs behandelt, obwohl hier alle Gläubiger sich beteiligen konnten. Auch ist hier hervorzuheben, daß nach Ausbruch des Gesellschaftskonkurses über das Privatvermögen jedes persönlich haftenden Gesellschafters der Konkurs eröffnet werden mußte (§ 287 Abs. 2). Freilich ist die Gleichzeitigkeit dieser beiden Konkurse nicht die Folge davon, daß der Gesellschaftskonkurs ein Partikularkonkurs ist; die Gründe sind vielmehr, wie die Motive des preußischen Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch geltend machen, darin zu suchen, daß die Gesellschafter durch den drohenden Privatkonkurs nachdrücklich zur Aufrechterhaltung der Gesellschaft angetrieben werden sollen; auch fordere die Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaftsgläubiger, die das Privatgut erst in zweiter Reihe angreifen dürfen, eine genügende Sicherstellung der Gesellschaftsforderungen, und dies könne allein durch eine Konkurseröffnung geschehen.[2])

5. Ein Partikularkonkurs war weiterhin zulässig über die inländische Handelsniederlassung eines ausländischen Gemeinschuldners (§ 292); wenn nun freilich nach der herrschenden Meinung nur inländische Gläubiger den Konkursantrag stellen konnten, so war es doch den ausländischen

[1]) S. Goltdammer a. a. O. zu §§ 35 und 286.

[2]) Vgl. Hahn, Kommentar z. H.G.B. 4. Aufl. S. 561; dagegen besonders Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 172 f.

Gläubigern keineswegs verwehrt, an diesem Konkursverfahren teilzunehmen.[1])

6. Auch das Prioritätsverfahren in der Exekutionsinstanz (§ 362 f.), wo mehrere Gläubiger dasselbe Objekt zu ihrer Befriedigung in Anspruch nahmen, wurde als Partikularkonkurs aufgefaßt.

7. Weitere Fälle kamen nur etwa dann in Betracht, wenn sie in Verträgen mit auswärtigen Staaten ausdrücklich festgesetzt waren.[2])

Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich betont, richtete sich der Partikularkonkurs, wie der Entwurf zur preußischen Konkursordnung in § 7 noch besonders hervorhob, nach den Vorschriften über den allgemeinen Konkurs, soweit nicht ein anderes festgesetzt war. Dies geschah allerdings vielfach, namentlich hinsichtlich des Gesellschaftskonkurses in den §§ 286—291, des Inlandskonkurses in den §§ 292—295 und des Erbschaftskonkurses in den §§ 256—262.

Trotz dieser ziemlich eingehenden gesetzlichen Regelung fehlt aber auch in Preußen eine eigentliche Lehre des Partikularkonkurses.

V. Auch in anderen deutschen Staaten war das Institut des Partikularkonkurses nicht ganz in Vergessenheit geraten. So gab es insbesondere in Württemberg Partikularkonkurse, allerdings nur in sehr beschränktem Umfang; gegen eine Person konnte nämlich zu gleicher Zeit nur vor einer Gerichtsstelle das Gantverfahren stattfinden[3]); von einem Partikularkonkurs konnte also nur dem Ausland gegenüber die Rede sein. In den Staatsverträgen zwischen Württemberg und den auswärtigen Staaten finden sich nun in der Regel auch Bestimmungen über die Inlands- bezw. Auslandskonkurse.[4]) — Von wirklichem Interesse scheint mir aber namentlich eine königliche Verfügung vom 18. Juni 1859 zu sein, welche Bezug nimmt auf Staatsverträge mit einigen schweizerischen Kantonen. Es heißt dort hinsichtlich eines Partikularkonkurses:

„Wenn in Zukunft der Fall der Ueberschuldung bei einer Person eintritt, welche zwar ihren Wohnsitz und mithin ihren allgemeinen Gerichtsstand in einem der an dem Staatsvertrag beteiligten schweizerischen Kantone hat, jedoch in Beziehung auf ein Handelsgeschäft, eine Fabrik, ein

[1]) Goltdammer a. a. O. § 292 Anm. 4.

[2]) Goltdammer a. a. O. § 3 Anm. 3.

[3]) Vgl. Fecht, Konkursverfahren in Württemberg, § 12.

[4]) Z. B. Vertrag mit Bayern vom 31. VIII. 1821, §§ 10—13.

Gewerbe, oder auch nur eine einzelne gewerbliche Unternehmung, wie z.B. einen Eisenbahnbau, mit anderen Personen in einer Gesellschaft gestanden ist, die den Hauptsitz ihrer Geschäftstätigkeit in Württemberg gehabt hat, so ist über den in Württemberg befindlichen Anteil des Gemeinschuldners am Gesellschaftsvermögen ein Partikularkonkurs behufs der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger durch die diesseitigen Gerichtsbehörden einzuleiten und nur das alsdann noch übrig bleibende Vermögen ist an die Gerichtsbehörden des Wohnsitzes des Gemeinschuldners auszufolgen."

Dieser Fall eines Partikularkonkurses geht über den jetzt in § 238 K.O. zugelassenen Inlandskonkurs hinaus, ist aber deswegen verständlich, wenn man bedenkt, daß im damaligen württembergischen Recht[1]) ein Gesellschaftskonkurs noch nicht zulässig war.

Auch in Bayern hatte sich lange Zeit ein eigentümlicher Partikularkonkurs, der stark an die actio tributoria und das sich daraus entwickelte Absonderungsrecht im römischen Recht erinnerte, erhalten. In § 8 Ziff. 5 der Prioritäten-Ordnung war nämlich bestimmt, daß ein Partikularkonkurs auch stattfinde, wenn der Schuldner zu gleicher Zeit verschiedene Fabriken, Handlungen oder Gewerbe unter verschiedenen im Handelsregister eingetragenen Firmen betrieben hat; in diesem Fall können jene Gläubiger, welche nach Ausweis der Handelsbücher und Handelsbriefe ausschließend zu einem oder dem anderen Geschäfte Kredit gegeben haben, auf Absonderung des dazu gehörigen Vermögens zu ihrer Befriedigung aus demselben antragen.

Daß ein solcher Konkurs heute nicht mehr möglich ist, wird weiter unten zu zeigen sein.

*

Diese geschichtlichen Ausführungen haben zu zeigen versucht, daß sowohl im gemeinen Recht, wie auch in den Partikularrechten die Unterscheidung in Universal- und Partikularkonkurs eine nicht unwesentliche Rolle spielte. Es gab hinsichtlich der Zulässigkeit weiterer Fälle im einzelnen nicht unerhebliche Zweifelsfragen, und ferner bestand auch über den Begriff selbst keine vollständige Klarheit. Diese

[1]) Freilich ist einige Jahre später (1865) auch das allgemeine Handelsgesetzbuch in Württemberg eingeführt und damit auch ein besonderer Konkurs über eine offene Handelsgesellschaft für zulässig erachtet worden, vgl. namentlich Art. 41 E.G allg.H.G.B. Allein da in der erwähnten kgl. Verfügung nicht bloß von einer offenen Handelsgesellschaft, sondern allgemein von einer Gesellschaft die Rede ist, so hatte jene Verfügung ihren Wert doch nicht ganz verloren.

Unsicherheit wurde noch dadurch gesteigert, daß die erste gesetzliche Erwähnung und Regelung des Partikularkonkurses, nämlich in der preußischen Konkursordnung, einen entschiedenen Gegensatz zu dem im gemeinen Recht allmählich zur Herrschaft gelangten Standpunkt über den Begriff aufstellte.

§ 2. Stellung der neueren Gesetzgebung und Literatur.

I. Zur Zeit der Entstehung unserer großen Reichsgesetze verhielt sich die Literatur hinsichtlich der Unterscheidung in Universal- und Partikularkonkurs im allgemeinen ablehnend. Das mag vielleicht zu einem erheblichen Teil darauf zurückzuführen sein, daß die Reichskonkursordnung im Gegensatz insbesondere zur preußischen Konkursordnung die Bezeichnung „Partikularkonkurs" selbst nicht verwendet. Zwar hat noch der Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung (1873) die Unterscheidung ausdrücklich anerkannt, indem er in seinem dritten Buche besondere Bestimmungen über das Gemeinschuldverfahren über Teilmassen getroffen hat. In der Begründung zu diesem Entwurf[1]) werden alsdann gerade jene Fälle von Teilmassen als Partikularkonkurse bezeichnet und der Begriff eines solchen dahin formuliert, daß eine Mehrheit von Gläubigern aus einem Inbegriff von Vermögensgegenständen befriedigt werden soll, abgesondert von anderen Gläubigern und anderen Vermögensstücken. Als Fälle eines Partikularkonkurses, welche übrigens nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 3 des Entwurfs nicht willkürlich vermehrt werden konnten, kamen nur folgende in Betracht:

1. Der Konkurs über das Vermögen einer Handelsgesellschaft; der Konkurs über das übrige Vermögen der Gesellschafter bezw. eines von ihnen.

2. Der Konkurs über den von dem Erben übernommenen Nachlaß, neben welchem Konkurs über das Privatvermögen des Erben stattfindet.[2])

[1]) Insbesondere zu § 3 des Entwurfs.

[2]) Auffallenderweise war ein Partikularkonkurs nicht vorhanden, wenn das Gemeinschuldverfahren über einen Nachlaß allein eröffnet worden war; s. Begründung § 3.

3. Der Konkurs über das im Inland befindliche Vermögen eines Ausländers.[1])

II. Die Reichskonkursordnung hat es, wie schon erwähnt, vermieden, in das Gesetz selbst die Bezeichnung Partikularkonkurs aufzunehmen, namentlich aber auch darauf hinzielende Andeutungen, wie „Konkurs über Teilmassen", weggelassen. Im achten Titel des zweiten Buches hat sie vielmehr unter der Ueberschrift „besondere Bestimmungen" über bestimmte Vermögensmassen ein besonderes Konkursverfahren zugelassen, dessen systematische Einordnung, abgesehen von dem Konkurs juristischer Personen, immerhin zweifelhaft sein kann. So spricht sie in § 209 von einem „selbständigen Konkursverfahren" über das Gesellschaftsvermögen bei der offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und der Aktienkommanditgesellschaft; beim Nachlaßkonkurs spricht sie schlechthin vom „Konkursverfahren über einen Nachlaß" (§ 214); in § 236 wird hinsichtlich des Gesamtgutes bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft nur gesagt, daß die Vorschriften über den Nachlaßkonkurs „entsprechende Anwendung" finden.[2]) In § 238 heißt es alsdann, daß in Beziehung auf einen Schuldner, welcher im Deutschen Reich keinen allgemeinen Gerichtsstand, wohl aber eine gewerbliche Niederlassung hat, „das Konkursverfahren nur das im Inland befindliche Vermögen umfaßt"; hat ferner der Schuldner im Deutschen Reich weder eine gewerbliche Niederlassung noch einen allgemeinen Gerichtsstand, bewirtschaftet er aber im Inland ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutznießer oder Pächter, so findet ein „Konkursverfahren über das im Inland befindliche Vermögen" des Schuldners statt. Auf das Konkursverfahren über einen nicht rechtsfähigen Verein finden endlich nach § 213 die Vorschriften der §§ 207 und 208 entsprechende Anwendung.

[1]) Andere Fälle, wie insbesondere das Prioritätsverfahren in der Exekutionsinstanz, das Verfahren zur abgesonderten Befriedigung von Realgläubigern (s. insbes. preuß. KO.), sowie das nach eingetretener Nichtigkeit eines Zwangsvergleichs vorgeschriebene Verfahren zur abgesonderten Befriedigung der früheren Gemeingläubiger aus den zur Sicherung des Vergleichs bestellten Gegenständen wurden ausdrücklich ausgeschieden, da es sich hier nur um einzelne Vermögensstücke handelte.

[2]) Der Konkurs über den Nachlaß wurde erst durch die Novelle von 1898 uneingeschränkt zugelassen, einen Gesamtgutskonkurs bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft gibt es überhaupt erst seit 1898. Vor 1900 mußte die Zulässigkeit eines Nachlaßkonkurses stets von Fall zu Fall geprüft werden; s. Jäger Voraussetzungen § 7.

Im Gegensatz zu den Ausführungen der für den Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung veröffentlichten Begründung haben sich nun aber die Motive der Reichskonkursordnung[1]) hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit eines Partikularkonkurses auf einen durchaus verneinenden Standpunkt gestellt und die Ansicht, die Konkursordnung habe wenigstens dem Wesen nach die Unterscheidung in Universal- und Partikularkonkurs anerkannt, entschieden zurückgewiesen. Der Begriff und die Lehre vom Partikularkonkurs ist nach dem Standpunkt der Motive rein theoretisch, ohne jede praktische Bedeutung. Dies zeige sich schon darin, daß ein Partikularkonkurs an sich keine andere Behandlung bedinge als ein Universalkonkurs. Denn dieselben Bestimmungen, welche für diesen gelten, würden auch im allgemeinen auf den sogen. Partikularkonkurs Anwendung finden; umgekehrt seien einzelne besondere Vorschriften sowohl für den Universal- als auch den Parkikularkonkurs notwendig. Mit Rücksicht hierauf habe auch die neuere Gesetzgebung[2]) den Begriff fallen lassen.

Die einzelnen früher von Theorie und Praxis als Partikularkonkurse bezeichneten Fälle scheiden aber nach Ansicht der Motive noch aus besonderen Gründen hier aus:

1. So könne über ein Lehen oder Bergwerk deshalb kein Partikularkonkurs eröffnet werden, weil das Verfahren sich hier lediglich auf ein einziges oder nur auf einzelne Vermögensstücke erstrecke[3]), während zum Wesen eines Konkurses gehöre, daß die Konkursmasse durch einen Inbegriff von Vermögensstücken gebildet werde.

2. Ein Partikularkonkurs über den Nachlaß zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger wird deshalb abgelehnt, weil in den Fällen, in denen der Erbe nicht ermittelt werden konnte oder die Erbschaft mit der Rechtswohltat des Inventars erworben hatte, um der dadurch dokumentierten Selbständigkeit des Nachlasses willen und in Ermangelung sonst verhafteten Vermögens ein Universalkonkurs stattfinde; sei hingegen der Nachlaß ohne die Rechtswohltat des Inventars erworben, so komme es überhaupt nicht zu einem gesonderten Konkurse über die Erbschaft. Damit legen die Motive aber dem Nachlaß keineswegs in dem ersteren Fall

[1]) S. 439 ff.

[2]) Vgl. aber preuß. KO. von 1855.

[3]) Hiergegen namentlich Sarwey-Bossert (1896) Vorbem. zu § 207.

etwa den Charakter einer juristischen Person bei[1]); vielmehr betrachten sie ihn infolge der Trennung, welche alle Rechtssysteme zwischen dem Nachlaß und dem Erbenvermögen und zwischen den Nachlaßgläubigern und den Erbengläubigern aufstellen, lediglich als selbständiges Vermögensganzes.

3. Verschiedene Handlungsniederlassungen bilden deshalb nicht den Gegenstand eines Absonderungsrechts oder Partikularkonkurses, weil sie keine juristisch getrennten Vermögensinbegriffe bilden.

4. Auch die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft werden von den Motiven nicht als juristische Personen behandelt, vielmehr ebenfalls wieder als für sich bestehende Vermögensinbegriffe bezeichnet, welche ein selbständiges Konkursverfahren zulassen. Weiterhin komme hier noch der tatsächliche Gesichtspunkt in Betracht, daß Gesellschafter neben ihren Geschäftsanteilen oft kein sonstiges Vermögen mehr besitzen, über welches ein anderweites Konkursverfahren stattfinden könne, also immerhin tatsächlicher Universalkonkurs.

5. Das inländische Vermögen eines Ausländers, über welches nach § 238 K.O. ein besonderes Konkursverfahren — im gemeinen Recht zum Teil auch als Partikularkonkurs bezeichnet — stattfinden könne, ist nach den Motiven juristisch kaum als Vermögensteil zu betrachten. Da das Vermögen den Inbegriff aller im Inland befindlichen Vermögensstücke umfasse, gleichviel von welcher rechtlichen und tatsächlichen Beschaffenheit, so lasse sich das Konkursverfahren füglich auch als Universalkonkurs auffassen.

Diesem Standpunkt der Motive haben sich mehrere Schriftsteller angeschlossen; so vor allem Stieglitz[2]), Wilmowski[3]) und Sarwey-Bossert[4]), welcher der gemeinrechtlichen Lehre vorwirft, daß sie nur Worte gebe, welche nicht einmal die sachlichen Verschiedenheiten richtig bezeichnen. Auch Fuchs[5]) geht im Gegensatz zu

---

[1]) Dies ergibt sich aus der Begründung zu den §§ 202—206 Motive.

[2]) Kommentar 1879.

[3]) Von den in Titel VIII der K.O. könnte nach seiner Ansicht überhaupt nur der Konkurs über das inländische Vermögen als reiner Partikularkonkurs angesehen werden.

[4]) Kommentar 3. Auflage (1896) im Gegensatz zur 4. Auflage (1901) S. 33.

[5]) Der deutsche Konkursprozeß 1877 S. 37.

seinen das gemeine Recht betreffenden Ausführungen[1]) davon aus, daß die Unterscheidung in Universal- und Partikular-Konkurs von der Konkursordnung abgelehnt sei. Dagegen unterscheidet er ein ordentliches und besonderes Konkursverfahren, bei welch letzterem wegen der Besonderheiten in der Person und den Rechtsverhältnissen des Kridars oder in Betreff der Konkursmasse mehr oder minder weitgehende Abweichungen vom regulären Konkursverfahren stattfinden. Völderndorff-Bezold[2]) ferner bezeichnet zwar die Veranlassung zum sog. Partikularkonkurs allerdings für rechtlich erheblich; denn die Frage, welche Gegenstände zur Befriedigung der Gläubiger herbeigezogen werden müssen und welche Teile des Vermögens von einzelnen Gläubigern für ihre Forderungen besonders in Anspruch genommen werden können, sei von prinzipieller Bedeutung. Wenn die Entscheidung dieser Frage aber einmal getroffen sei, dann unterscheide sich das Verhältnis mehrerer Gläubiger in Bezug auf den etwa unzulänglichen Vermögensteil in keiner Weise mehr von dem allgemeinen Fall der Gläubigerkonkurrenz. Die Benennung des letzteren als Universalkonkurs und des ersteren als Partikularkonkurs sei also an sich unschädlich, aber völlig wertlos. Auch Breitling-Schöninger[3]) sind der Ansicht, daß die Konkursordnung den praktisch jeder Bedeutung ermangelnden Begriff des Partikularkonkurses fallen gelassen habe und nur einen Universalkonkurs kenne; denn dieselben Bestimmungen, welche für diesen gelten, würden auch in den Fällen Anwendung finden, in denen früher von einem Partikularkonkurs die Rede war.

III. Im Gegensatz zu diesem ablehnenden Standpunkt haben sich in der neueren Zeit die Ansichten gemehrt, welche im heutigen Reichsrecht einen Partikular- bezw. Sonderkonkurs — wie er nunmehr vielfach genannt wird — wenigstens dem Wesen nach anerkennen. Es wird meist ausgeführt, daß die Ablehnung durch die Motive noch kein Beweis dafür sei, daß die Konkursordnung selbst in ihrem inneren Aufbau nicht auch eine Scheidung zwischen Uni-

[1]) Beiträge zum Zivilprozeß Bd. 2 S. 2 u. 3 (1863).

[2]) Kommentar 1884 Bd. 1 S. 8 u. 9.

[3]) Grundzüge des Konkursrechtes und Konkursverfahrens (1908) S. 256. Freilich ist es nicht ganz konsequent, wenn zunächst betont wird, daß die Konkursordnung nur einen Universalkonkurs kennt, und nachher aber (S. 255) vom Konkurs eines nicht rechtsfähigen Vereins gesagt wird, daß er ein Partikularkonkurs sei.

versal- und Partikularkonkurs zu Grunde lege. Worin freilich im einzelnen das Wesen eines solchen Sonderkonkurses liege, wie insbesondere die Begriffsbestimmung zu lauten habe und endlich welche Fälle hieher überhaupt zu rechnen seien, darüber sind heute noch die Meinungen geteilt.

1. Die Mehrzahl der Schriftsteller des Konkursrechts, welche die Unterscheidung in Universal- und Partikularkonkurs anerkennen, geben keine eigentliche Begriffsbestimmung des Sonderkonkurses, sondern begnügen sich mit allgemeinen Andeutungen, indem sie durchweg in einer gewissen Selbständigkeit des betreffenden Vermögens die begriffliche Voraussetzung des Sonderkonkurses erblicken. So verlangten insbesondere die älteren von ihnen entweder ein selbständiges Vermögensganzes[1]) oder einen rechtlichen Vermögensinbegriff[2]) oder einen bestimmt abgegrenzten Teil des Vermögens[3]) oder eine rechtlich selbständige Vermögensmasse.[4])

Teilweise haben diese Schriftsteller, namentlich die neueren, auch versucht, diesen allgemeineren Begriffen eine bestimmtere Richtung zu geben. So sagt Endemann[5]), daß der Partikularkonkurs wesentlich als Folge eines zu Gunsten gewisser Gläubiger bestehenden Absonderungsrechts betrachtet werde. Wenn Seuffert[6]) ferner sagt, daß der Nachlaß deshalb Gegenstand eines besonderen Konkursverfahrens sein könne, weil die Nachlaßgläubiger das Recht haben, Befriedigung aus dem Nachlaß vor den sonstigen Gläubigern des Erben zu verlangen, so kennzeichnet er damit ebenfalls seinen Standpunkt über die begriffliche Voraussetzung eines Partikularkonkurses. Wenn endlich Hellmann[7]) ausführt, daß in den besonderen Konkursfällen die Erwägung maßgebend gewesen sei, daß aus dem Sondervermögen vor allem die Gläubiger Befriedigung finden, die einen Anspruch auf Befriedigung aus diesem Vermögen im Vorgang vor den sonstigen Gläubigern des oder der Subjekte des Sondervermögens geltend

---

[1]) Sarwey-Bossert Vorbem. zu § 202 (3. Aufl.)
[2]) Fuchs (1877) § 39.
[3]) Endemann a. a. O. § 10.
[4]) Fitting Lehrbuch 1881.
[5]) a. a. O.
[6]) Konkursprozeßrecht S. 74 ff.
[7]) Lehrbuch des Konkursrechtes S. 125.

machen können, so legt auch er hiermit besondere begriffliche Vorstellungen zu Grunde.

Allein trotzdem haben diese Schriftsteller ihre Ansichten nicht konsequent durchgeführt. Denn alle[1]) bezeichnen den nach § 238 K.O. zulässigen Konkurs über das inländische Vermögen eines im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand besitzenden Gemeinschuldners als Partikularkonkurs, obwohl alle anerkennen, daß an diesem Konkurs ausländische wie inländische Gläubiger teilzunehmen berechtigt sind. Infolgedessen kann man auch schwerlich annehmen, daß sie eine einheitliche begriffliche Voraussetzung des Sonderkonkurses zu Grunde legen wollten. So sagen z. B. Seuffert und Schad[2]), der Inlandskonkurs sei deshalb ein Partikularkonkurs, weil er prinzipiell nur das inländische Vermögen umfasse. Auch Willenbücher-Günther[3]) hält nur die Beschränkung der Masse für begriffswesentlich.

Was nun die Fälle anbetrifft, in denen diese Schriftsteller das Vorliegen eines Sonderkonkurses annehmen, so herrscht sowohl bezüglich der Charakterisierung der von der Konkursordnung selbst zugelassenen besonderen Konkursfälle als auch hinsichtlich der Zulassung weiterer Fälle keineswegs Uebereinstimmung. Den Inlandskonkurs allein bezeichnen sie alle[4]) als Partikularkonkurs. Den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der

---

[1]) So insbesondere Seuffert S. 74; als einzige Ausnahme könnte vielleicht die Ansicht Hellmanns in Birkmeyers Encyklopädie S. 1083 bezeichnet werden, wo er den Inlandskonkurs einen Konkurs mit beschränkter Masse nennt. Allein die Darstellung im Lehrbuch S. 125 läßt diese Unterscheidung vermissen. — Auch Endemann sagt S. 645 Note 38, daß hier ein Partikularkonkurs nur dem Gegenstand nach vorliege, während er hinsichtlich der Gläubiger universell sei.

[2]) Der Gemeinschuldner der Reichskonkursordnung 1902 S. 25.

[3]) Kommentar zur K.O. § 214 Anm. 6.

[4]) Endemann a. a. O. S. 645[38], wenn er auch nicht verkennt, daß auf Seiten der Gläubiger Universalität vorliegt; Seuffert a. a. O. S. 74; Petersen Kleinfeller Vorbem. zu § 207 und §§ 237/238 Anm. 14; Hellmann Lehrb. S. 125; Sarwey-Bossert (1901) § 238 Anm. 1; Wilmoski Kurlbaum Komm. (1906) Vorbem. zu § 207, der diesen Konkurs überhaupt nur als reinen Partikularkonkurs ansieht, ebenso wie Willenbücher-Günther Komm. § 1 Anm. 1, bei dem freilich insofern ein Widerspruch besteht, als er in § 214 Anm. 6 auch noch den Nachlaßkonkurs als Sonderkonkurs bezeichnet; Sydow-Busch K.O. § 1 Anm. 1; Schad a. a. O. S. 25 im Gegensatz zu seinen Ausführungen S. 9/10.

Aktienkommanditgesellschaft betrachten die meisten[1]) als Sonderkonkurs. Der Konkurs über das Vermögen nicht rechtsfähiger Vereine wird teils als Universal-[2]), teils als Partikularkonkurs[3]) behandelt. Auch der Nachlaß- und Gesamtgutskonkurs (i. S. des § 236 K.O.) wird in der Regel[4]) als Sonderkonkurs angesehen; ja sogar der Konkurs über das Vermögen des Erben wird bei gleichzeitigem Nachlaßkonkurs als Partikularkonkurs bezeichnet.[5])

Ob in weiteren vom Gesetz nicht vorgesehenen Fällen noch Sonderkonkurse möglich seien, ist unter den genannten Schriftstellern Gegenstand einer lebhaften Streitfrage. Gegen eine Vermehrung der Fälle haben sich insbesondere ausgesprochen Hellmann und Sarwey-Bossert, während namentlich von Seuffert und Schad auf Grund des Gesamthandsprinzips die Zulässigkeit besonderer Konkurse hinsichtlich aller Gemeinschaften zur gesamten Hand befürwortet wird. (Darüber im einzelnen weiter unten.)

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch Pollak[6]), der jene Fälle als Partikularkonkurs bezeichnet, in denen eben nur ein Teil eines Vermögens die Konkursmasse bildet. Der Nachlaßkonkurs ist jedoch nach Pollak kein Partikularkonkurs, weil der Nachlaß ein selbständiges Vermögen sei und der Nachlaßkonkurs den Nachlaß ganz zu ergreifen habe. Nach seiner Ansicht sind vielmehr folgende Fälle Partikularkonkurse: a) über das im Inland gelegene Vermögen einer Person, über deren Vermögen im Ausland der Konkurs eröffnet ist; b) ebenso über das im Inland gelegene Immobiliarvermögen einer Person, über deren Vermögen im Ausland der Konkurs eröffnet worden ist; c) über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft, der Kommandit- und Aktienkommanditgesellschaft, weil deren Vermögen aus Teilen der Vermögen der einzelnen Gesellschafter zusammengesetzt ist; d) endlich über das Vermögen einer registrierten Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft mit unbeschränkter Haftung, weil hier die Haftungsbeträge der

[1]) Mit Ausnahme von Endemann S. 39.

[2]) Endemann S. 46; Hellmann Lehrb. S. 124 (Rechtssubjekt mit beschränkter Rechtsfähigkeit).

[3]) Anscheinend Sarwey-Bossert zu § 213; Petersen-Kleinfeller § 207 Vorbem.; Breitling-Schöninger S. 255.

[4]) Ausgenommen Endemann a. a. O. S. 39.

[5]) Petersen-Kleinfeller a. a. O. und Kleinfeller D.J.Z. Bd. 1 S. 477.

[6]) Lehrbuch des österreichischen Konkursrechts (1900) S. 300 f.

einzelnen Mitglieder nicht zum Konkursvermögen gehören. Gerade aus der Begründung für den letzteren Fall geht hervor, daß Pollak davon ausgeht, daß der den Gläubigern zur Verfügung stehende Befriedigungsfonds das „gesamte Vermögen" im Sinne der Konkursordnung darstellt.

2. Demgegenüber haben nun aber zwei Schriftsteller[1]) andere Bahnen eingeschlagen und sind auf deduktivem Wege zu einer Begriffsbestimmung des Sonderkonkurses gelangt, nämlich Kohler und Jäger. Sie gehen beide von einer Betrachtung des Problems vom Standpunkt der Gläubiger aus, ob sie sich am Konkurs beteiligen dürfen, während die obengenannten Rechtslehrer bei der Frage der Selbständigkeit des Vermögens, aus welcher die Zulässigkeit eines Sonderkonkurses abgeleitet wurde, das Problem vom Standpunkt der Massenbildung, der Vermögensseite, aus betrachteten. Auf diese Theorien, welche das sogen. Haftungsprinzip zu Grunde legen, ist nun näher einzugehen.

a) Kohler[2]) geht davon aus, daß die Haftung des Schuldners grundsätzlich eine generelle sei, und da die Exekution soweit gehe als die Haftung reiche, habe jeder Gläubiger das Recht, daß das ganze Vermögen des Schuldners zu seiner Befriedigung verwendet werde, ohne Rücksicht auf die Trennung des Vermögens in einzelne Geschäftskreise (daher sei der Konkurs über einzelne Handelsniederlassungen eines Kaufmanns unzulässig). Daraus ergebe sich nun von selbst, daß ein Partikularkonkurs ausnahmsweise dann erfolgen könne, wenn die Haftungsverhältnisse verschiedener zu dem Vermögen einer Person gehörigen Geschäftskreise nicht gleichartig seien. Wenn also für gewisse Schulden ein bestimmtes Vermögen zum Voraus hafte, sei es, daß den entsprechenden Gläubigern nur dieses Vermögen hafte und das andere Vermögen haftlos bleibe, oder daß diesen Gläubigern auch noch das andere Vermögen mithafte, an dem bezeichneten Vermögen für sie aber ein Vorausrecht bestehe, dann sei der Fall eines Sonderkonkurses gegeben.

Dies alles gelte jedoch dann nicht, wenn Vorrechte an Vermögensstücken bestehen. Pfand- und Retentionsrechte rechtfertigen nach Kohlers Ansicht einen Separatkonkurs nicht. Nur wenn für eine Mehrheit solcher Vorausberech-

[1]) Uebrigens früher entsprechend Stryk, vgl. oben § 1 III.
[2]) Lehrbuch des Konkursrechts S. 79 f.

tigten eine sozial gleichheitliche Regelung ein Bedürfnis sei, könne es einen Sonderkonkurs geben.

b) Auch Jäger[1]) geht davon aus, daß das Konkursverfahren die Haftung einer unzulänglichen Vermögensmasse im Wege gemeinsamer und gleichmäßiger Befriedigung der Gläubiger verwirkliche, die sich an diese Masse halten können. Ursprünglich ging er jedoch soweit, zu formulieren, daß begrifflich ein selbständiges Konkursverfahren über einen Vermögensteil nur dann statthaft sei, wenn eine Mehrheit von Gläubigern auf diese Sondermasse *ausschließlich* angewiesen sei, diese aber zur Befriedigung dieser Gläubiger nicht ausreiche. In der ausschließlichen Haftung der unzulänglichen Sondermasse sah also Jäger die begriffliche Voraussetzung eines selbständigen Haftungsverwirklichungsverfahrens, eines eigenen Konkurses. Da aber diese Haftungsbeschränkung ein rein prozessuales Verhältnis sei — das gesamte Vermögen hafte nämlich insoweit, als die öffentliche Rechtsordnung die Vollstreckung nicht eingeengt habe —, so müsse es auch, zumal da das Konkursverfahren in seinen Wirkungen weit über die Interessen der Beteiligten hinausreiche, ausgeschlossen sein, im Wege einer Parteivereinbarung die Grenzen der Vollstreckung zu verschieben; die Haftungsbeschränkung müsse daher auf einem Rechtssatz beruhen.[2]) — Die Voraussetzung eines Sonderkonkurses ist daher nach Jäger eine kraft *Rechtssatzes ausschließliche* Haftung einer Sondermasse gegenüber einer Mehrheit persönlicher Gläubiger.

Die Ausschließlichkeit der Haftung wurde aber von Jäger nicht in dem Sinne verstanden, daß nun diese Gläubiger ihre Befriedigung bloß aus dieser Sondermasse suchen, das übrige Vermögen des bezw. der Subjekte des Sondervermögens also nicht angreifen könnten; die Ausschließlichkeit lag nach Jäger vielmehr schon dann vor, wenn diese Gläubiger aus dem übrigen Vermögen nur bezüglich eines bei der Vollstreckung in die zunächst haftende Sonder-

---

[1]) Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 2; Voraussetzungen eines Nachlaßkonkurses § 3.

[2]) Ebenso Kohler a. a. O. S. 81, der jedoch die Haftungsbeschränkung für ein zivilrechtliches Verhältnis erklärt, einer hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsbeschränkung getroffenen Parteivereinbarung allerdings nicht für den Konkurs, wohl aber für die Einzelexekution Wirkung zuschreibt; vgl. auch R.G. Bd. 1 S. 175 und Bd. 14 S. 278.

masse erlittenen Ausfalls Befriedigung suchen durften.[1])

Ausdrücklich abgelehnt wurde von Jäger das Vorliegen eines Sonderkonkurses dann, wenn bestimmte Gläubiger an einer bestimmten Vermögensmasse lediglich ein Vorrecht haben, so daß das Sondervermögen zwar unter diese Gläubiger allein zu verteilen ist, die letzteren aber auch sofort das übrige Vermögen für die ganze Forderung in Angriff zu nehmen berechtigt sind, ohne vorher den Ausfall bei der Befriedigung aus der Sondermasse abzuwarten. Denn eine selbständige Feststellung der Vermögensunzulänglichkeit hinsichtlich der Sondermasse sei ja dann gerade ausgeschlossen, da ein Ueberwiegen der Passiva über die Aktiva nur angenommen werden könne, wenn auch das mitverhaftete übrige Vermögen zur Schuldendeckung nicht ausreiche; dann aber kommen die Privatgläubiger auch in Betracht.[2])

Diese Ansicht Jägers konnte in ihren praktischen Folgen, insbesondere hinsichtlich der scharfen Fassung[3]) des Begriffs des Sonderkonkurses für den Rechtszustand vor 1900 wohl sehr brauchbar sein. Denn in der Tat konnte im Fall eines Gesellschaftskonkurses gemäß Art. 122 des Allgemeinen Handelsgesetzbuches ein Gesellschaftsgläubiger aus dem Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters nur hinsichtlich des Ausfalls Befriedigung erlangen; ebenso konnte beim Konkurs über den nach vorbehaltlosem Erbschaftsantritt abgesonderten Nachlaß aus dem Nichtsondervermögen des Erben nur der Ausfall verlangt werden.[4]) In diesen Fällen bestand also eine Ausschließlichkeit der Haftung im Sinne Jägers. — Dies änderte sich aber nach 1900. Eine dem Art. 122 entsprechende Bestimmung wurde in das neue Handelsgesetzbuch nicht mehr aufgenommen. Die Konkursordnung hat aber in den §§ 212 und 234 bloß Bestimmungen für das Zusammentreffen von Privat- und Gesellschaftskonkurs bezw. Nachlaßkonkurs getroffen. Wäre daher Jäger bei seiner Definition geblieben, so hätte sich ein von der Konkursordnung anerkannter praktischer Fall

[1]) Hier anders Kohler Lehrb. S. 80 ff., der die Eigenart des Sonderkonkurses darin erblickt, daß ein Sondervermögen für gewisse Schulden im Voraus vor dem sonstigen Vermögen des Gemeinschuldners haftet; vgl. dazu Hagenguth a. a. O. S. 27.

[2]) Anders Kohler Lehrbuch S. 80.

[3]) Dagegen namentlich Alfred Schultze in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 47 S. 543 ff..

[4]) Vgl. Jäger Voraussetzungen § 7.

des Sonderkonkurses nicht mehr finden lassen, ausgenommen freilich die Fälle, in denen die Sondergläubiger Befriedigung nur aus dem Sondervermögen erhalten konnten, z. B. Nachlaßkonkurs bei beschränkter Haftung des Erben. Jäger hat dementsprechend auch die strengere Fassung nicht mehr aufrecht erhalten[1]), sondern erachtet jetzt die begriffliche Voraussetzung eines Sonderkonkurses schon dann als gegeben, wenn eine Gläubigermehrheit zum Zugriff auf eine bestimmte Sondermasse vor anderen Gläubigern berechtigt ist. Die Gläubiger müssen also lediglich ein Vorausrecht haben.[2])

c) Hinsichtlich der Fälle, welche von den Vertretern des Haftungsprinzips als Sonderkonkurse bezeichnet werden, besteht nun aber keineswegs Uebereinstimmung. So hält Kohler[3]) einzig und allein den Erstkonkurs im Verhältnis zum Zweitkonkurs[4]) und den Konkurs über ein Lehen, Stammgut oder Familienfideikommiß für Sonderkonkurse; der Gesellschafts-, Nachlaß- und Gesamtgutskonkurs i. S. des § 236 K.O. sind nach Kohler Universalkonkurse, weil die betreffenden Vermögen einer juristischen Person gehören.[5])

Demgegenüber erklärt Jäger sowohl den Konkurs über die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft, als auch den Nachlaß- und den Gesamtgutskonkurs für Sonderkonkurse, während er den Inlandskonkurs ausdrücklich als Partikularkonkurs ablehnt. Weitere Fälle, die Kohler überhaupt nicht erwähnt, sind nach Jäger der Konkurs über die mit einem Nießbrauche belasteten Vermögensrechte, über das Gesamtgut der in Liquidation befindlichen Gütergemeinschaft, über das Vorbehaltsgut, über das Reedereivermögen dann, wenn dieses den Schiffsgläubigern voraus haftet, über ein Lehen, Stammgut oder Fideikommiß.

d) Von dem Haftungsprinzip scheint auch Fitting auszugehen, der ein besonderes Konkursverfahren dann zu-

---

[1]) Vgl. Kommentar zur K.O. 1. Auflage zu § 1.

[2]) Vgl. Kommentar 3./4. Auflage § 1 Anm. 64 ff.

[3]) Leitfaden S. 69/70.

[4]) D. i. der Fall eines Schuldners, welcher in Konkurs geraten ist und über dessen konkursfreies Vermögen ein zweiter Konkurs eröffnet ist.

[5]) Der Nachlaß hört nach Kohler durch Nachlaßkonkurs oder -verwaltung auf, Vermögen des Erben zu sein, und wird Vermögen einer stillschweigenden juristischen Person, deren Organ der Erbe ist.

läßt, wenn dem Gemeinschuldner mehrere Vermögensmassen gehören, wovon die eine anderen Gläubigern haftet als die andere; in der Folge freilich nähert er sich mehr der unter Ziffer 4 erörterten Theorie..

3. Gegenüber diesen Ansichten erachtet nun Labes[1]) die im achten Titel der Konkursordnung aufgestellten besonderen Bestimmungen nicht für ausreichend, den Begriff des Sonderkonkurses als einen durch das Gesetz bestimmten anzusehen. Nach seiner Ansicht handelt es sich hier vielmehr um eine rechtswissenschaftliche Kategorie, weshalb es auch nicht richtig sei, den Begriff als einen a priori feststehenden zu behandeln und alle Fälle, die nicht unter die Begriffsbestimmung fallen, auszuscheiden. Vielmehr seien alle naheſtehenden Fälle zu berücksichtigen und dann ihrer Gleichartigkeit entsprechend zu gruppieren. Von diesem Standpunkt aus stellt er[2]), neben der Gruppe der Universalkonkurse, folgende Gruppen von Sonderkonkursen auf:

A. Sonderkonkurs mit Sonderung lediglich auf Seiten der Aktivmasse;

B. Sonderkonkurs mit Sonderung auf Seiten der Aktiv- und Passivmasse.

Die Besonderheit gegenüber der herkömmlichen, herrschenden Ansicht liegt hier in der Aufstellung der Gruppe A.

Labes stellt einzig und allein auf die Untersuchung der Frage ab, ob in den betreffenden Fällen statt des gesamten Vermögens nur ein Vermögensteil die Konkursmasse bildet, und weiter. ob auch noch statt der Gesamtheit der Gläubiger lediglich ein Teil derselben am Verfahren, betreffend einen Vermögensteil, teilnehmen darf. Irgend welche näheren Beziehungen zwischen der betreffenden Masse und den teilnahmeberechtigten Gläubigern werden von Labes grundsätzlich nicht vorausgesetzt.

Zu der Gruppe A zählt nun Labes die Konkurse, bei denen zwar alle Gläubiger am Verfahren teilnehmen, das Verfahren aber nicht das ganze schuldnerische Vermögen, sondern nur einen Teil desselben ergreift. Er stützt die Aufstellung dieser Kategorie auf die Behauptung, daß diese Konkurse keine Universalkonkurse seien, weil § 1 K.O. nicht

[1]) Goldschmidts Zeitschrift Bd. 62 S. 110 ff.
[2]) a. a. O. S. 122 ff.

zutreffe. So bezeichnet er folgende Fälle als Sonderkonkurse:

A. Sonderkonkurse der ersten Gruppe:

a) Inlandskonkurs im Fall des § 238 K.O.;

b) Konkurs über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters bei gleichzeitigem Gesellschaftskonkurs;

c) Konkurs über das Privatvermögen des Erben bei gleichzeitigem Nachlaßkonkurs; dabei wird unterschieden:[1])

aa) bei nur beschränkter Haftung des Erben ist der Erbenkonkurs ein Sonderkonkurs der zweiten Gruppe;

bb) bei unbeschränkter Haftung ein Sonderkonkurs der ersten Gruppe;

d) der Zweitkonkurs, an welchem nach Labes entgegen der herrschenden Ansicht auch die Gläubiger des ersten Konkurses teilnehmen dürfen;

e) der neben dem Konkurs über ein Lehen, Stammgut oder Familienfideikommiß etwa hergehende Konkurs über das sonstige Vermögen des Besitzers.

B. Sonderkonkurse der zweiten Gruppe:

a) Konkurs über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins;

b) Gesellschaftskonkurs im Falle des § 209 K.O., worunter auch der Konkurs über die Aktienkommanditgesellschaft zu rechnen ist;

c) Nachlaß- und Gesamtgutskonkurs;

d) Konkurs über Lehen, Stammgut, Familienfideikommiß;

e) Konkurs über das Vermögen einer Ehefrau, wenn bloß Vorbehaltsgutsgläubiger vorhanden sind;

f) Nichtsondervermögenskonkurs des Erben bei gleichzeitigem Nachlaßkonkurs.

Labes stellt alsdann noch eine weitere Kategorie von Fällen auf[2]), in denen es an sich zu einem Uni-

[1]) Die Frage ist auf Grund der Entscheidung des Streites zu lösen, ob der Erbe grundsätzlich beschränkt oder unbeschränkt haftet. Schließt man sich der letzteren Ansicht wie Labes an, so ist der Erbenkonkurs prinzipiell Sonderkonkurs der ersten Gruppe.

[2]) a. a. O. 128 ff.

versalkonkurs kommt, wo aber getrennte Massen gebildet werden, aus deren einer gewisse Gläubiger vorzugsweise vor den anderen befriedigt werden.[1]) Die Aufzählung der Fälle, die Labes zu dieser Kategorie rechnet, ist hier von Interesse, weil sie gerade das Gebiet des Sonderkonkurses sehr stark berühren:

a) beim Konkurs über eine Hypothekenbank Vorgang der Pfandbriefgläubiger vor allen anderen Konkursgläubigern;

b) beim Konkurs über eine Lebensversicherungsgesellschaft das Recht der Versicherten, den Betrag vorweg zu fordern, der als Prämienreserve auf sie entfällt;

c) Konkurs über das Vermögen einer Ehefrau beim gesetzlichen Güterstand, wenn nicht bloß Vorbehaltsgutsgläubiger vorhanden sind;

d) der Fall des § 128 K.O.;

e) der Fall des § 228 Abs. 1 K.O.;

f) der Fall des § 2336 B.G.B.;

g) der Fall des § 51 des Versicherungsvertragsgesetzes.

4. Eine eigenartige Theorie stellt ferner Schwarz[2]) auf, die Theorie des sog. Zweckvermögens. Er geht davon aus, daß, was Rechte und Pflichten zu einem Vermögen vereinige, nicht die Identität des Interessenträgers sei, sondern die Identität der Interessen. Jedes Recht sei Zweckrecht und jedes Vermögen Zweckvermögen; es gebe daher keinen Unterschied zwischen dem allgemeinen und besonderen Vermögen des Menschen, d. h. der sogen. natürlichen Person, und zwischen dem Zweckvermögen oder, wie man sage, dem Vermögen der juristischen Person. Mit anderen Worten: dem Vermögen selbst, nicht dem Subjekt eines Vermögens wird die Fähigkeit zugeschrieben, Rechte und Verbindlichkeiten zu haben. Da der Zweck des Konkurses besonders die Liquidierung von Schulden sei, so könne man über jedes Vermögen, das Schulden haben könne, auch einen Konkurs verhängen. Schwarz wendet sich nun vor allem gegen die herrschende Lehre, welche es vorziehe, den Konkurs nicht als den Konkurs eines Vermögens, sondern den einer Person, eines Rechtssubjektes zu konstruieren; denn der Konkurs bedeute nicht einen persön-

[1]) Dagegen Hagenguth a. a. O. S. 32.

[2]) Archiv für bürgerliches Recht Bd. 32 S. 12 ff., 18/19, 28, insbes. S. 52 ff.

lichen Zustand des Gemeinschuldners, sondern eine gewisse veränderte Zweckbestimmung eines Vermögens. Eine Person könne nun mehrere Vermögensmassen, mehrere Personen ein gemeinsames Vermögen haben. Deshalb sei es möglich, daß sowohl ein Sondervermögen einer bestimmten Person in Konkurs gerate, ebenso wie das gemeinsame Vermögen mehrerer in Konkurs kommen könne. Beispiele der letzteren Art seien namentlich der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft und der Nachlaßkonkurs, wenn mehrere Erben da seien. Außerdem sei es aber auch möglich, über eine nichtige Aktiengesellschaft und über eine nicht rechtsfähige Privatgesellschaft ein Konkursverfahren zu eröffnen, obwohl in beiden Fällen ein Rechtssubjekt nicht vorhanden sei.

Eine gewisse Aehnlichkeit mit dieser Theorie läßt sich bei Fitting[1]) erkennen. Er geht aus von der Untersuchung des Verhältnisses des Gemeinschuldners zur Konkursmasse und kommt dabei zu dem Ergebnis, daß es gerade der heutigen Rechtsanschauung[2]) ziemlich geläufig sei, Vermögensmassen, welche rechtlich dem nämlichen Subjekt gehören, als gegen einander selbständig anzusehen, weil sie sich den Gläubigern gegenüber verschieden verhalten. Es sei daher auch der einfachste Ausdruck und durchaus zutreffend, zwischen solchen Vermögensmassen, ohne sie als juristische Persönlichkeit anzusehen, geradezu von Forderungen und Schulden und etwa auch von Klagen und Prozessen der einen gegen die andere zu sprechen, zumal da die heutige Anschauung noch weit mehr als die römische geneigt sei, bei den Forderungen und Schulden, wie bei den dinglichen Rechten, nicht sowohl eine bestimmte Person, als vielmehr eine gewisse Vermögensmasse, z. B. einen Nachlaß oder das eingebrachte Gut einer Frau, als die Trägerin des Rechts und als haftbar für die Verbindlichkeiten anzusehen. Nur sei allerdings zu beachten, daß überall, wo eine Vermögensmasse der normalen Verwaltung ihres Subjekts selbst unterliege, seine Person und nicht die Vermögenslast als Trägerin der dazu gehörigen Rechte und Pflichten aufgefaßt werde.[3])

---

[1]) Lehrbuch des Konkursrechts 1904 S. 41 ff., insbes. Anm. 19 zu § 5, s. oben Ziff. 2 d.

[2]) Vgl. dazu im römischen Recht das Verhältnis des Gewalthabers zum castrense peculium, des Erben zur Erbschaft.

[3]) Dadurch unterscheidet sich Fitting wohl wesentlich von Schwarz.

Als Sonderkonkurs bezeichnet nun Fitting die im 8. Titel des zweiten Buches der Konkursordnung aufgezählten besonderen Verfahrensarten mit Ausnahme des Inlandskonkurses, läßt aber noch weitere Fälle zu, wie den Konkurs über ein Lehen, Stammgut oder Familienfideikommiß, über das Vorbehaltsgut und das eingebrachte Gut der Ehefrau beim gesetzlichen ehelichen Güterstand; ebenso ist bei ihm der Zweitkonkurs ein Sonderkonkurs.

Nahe verwandt mit diesen Ansichten ist auch die Auffassung Hellwigs, der als Sonderkonkurse die Fälle des selbständigen Sondervermögens bezeichnet. Er folgert zwar nicht so, daß er die Konkursmöglichkeit als Folge der Selbständigkeit jener Vermögensmassen auffaßt, sondern daraus, daß in jenen Fällen ein selbständiger Konkurs möglich ist, schließt er umgekehrt, daß ein selbständiges Sondervermögen in Frage steht.[1]) Eine einheitliche Theorie des selbständigen Sondervermögens stellt Hellwig jedoch nicht auf; nach seiner Ansicht kann eine solche überhaupt nicht aufgestellt werden.[2]) Als gemeinsames Merkmal bezeichnet er vielmehr den Umstand, daß das Sondervermögen nach außen hin, also für den Rechtsverkehr, als eine geschlossene Einheit mit selbständiger Parteifähigkeit in materiellem Sinne erscheint.[3]) Eine unbedingte Voraussetzung ist nach Hellwig aber, daß durch einen besonderen Rechtsakt eine separatio bonorum stattgefunden hat und daß das Sondervermögen unter eine selbständige, diejenige seines Subjekts ausschließende Verwaltung gestellt worden ist. Dadurch wird ein solches Sondervermögen nicht eine juristische Person. Trotzdem aber bildet es in der Hand des Vermögensverwalters nicht nur ein Rechtsobjekt; denn das Sondervermögen ist selbständiger Rechtsbeziehungen fähig; ja solche Rechtsbeziehungen sind sogar möglich — und darin zeigt sich die Selbständigkeit weiterhin — zwischen dem Sondervermögen und dem freien Vermögen. Bei allen hier in Frage stehenden Sondervermögen wird aber die Verwaltung nicht wegen einer in den natürlichen Eigenschaften des Subjektes des Vermögens begründeten Minderung der Geschäftsfähigkeit, sondern wegen eines Zweckes, der den Interessen des Vermögenssubjektes geradezu entgegengesetzt sein kann, geführt; eben

[1]) Vgl. Anspruch und Klagrecht S. 250.

[2]) a. a. O. S. 237 Anm. 9.

[3]) Ueber den Gegensatz zu den sonstigen Sondervermögen vgl. a. a. O. S. 236 f.

darum wird auch bis zur Erreichung des besonderen Zweckes, um dessen Willen die Verwaltung eingerichtet wird, dem Sondervermögen eine besondere Rechtsstellung gegeben.

Als Fälle eines Sonderkonkurses sind nach Hellwig folgende anzusehen: der Nachlaßkonkurs, der Konkurs über das Vermögen der weggefallenen juristischen Person, der Konkurs über das freie Vermögen des Gemeinschuldners (Zweitkonkurs)[1]); ferner der Konkurs einer offenen Handelsgesellschaft und eines nicht rechtsfähigen Vereins, hier aber lediglich deshalb, weil gegen diese Gebilde als solche Klage oder sonstige Rechtsschutzakte möglich sind.[2]) Insbesondere aus diesem Grunde ist über die Gesellschaft des B.G.B. ein Konkurs unzulässig.[3])

5. Für sich dürfte wohl die Ansicht Willenbüchers[4]) zu stellen sein, der eine besondere Kategorie konkursfähiger Rechtssubjekte unterscheidet.[5]) Solche konkursfähigen Rechtssubjekte sind außer den Aktiengesellschaften und den Aktienkommanditgesellschaften noch die offene Handels- und die Kommanditgesellschaft.

6. In neuester Zeit hat sich vor allem Hagenguth[6]) sehr eingehend mit dem Wesen des Sonderkonkurses beschäftigt. Er geht davon aus, daß das spätere gemeine Recht den Begriff „Sonderkonkurs" unter Hervorkehrung der beiden den Sonderkonkurs vom Universalkonkurs unterscheidenden Momente, der Sonderung der Gläubiger als subjektivem und der Sonderung des schuldnerischen Vermögens als objektivem Momente, geschaffen hat. Zur Erklärung der Fäsur in der Gläubigerschaft auf der einen und in dem Schuldvermögen auf der anderen Seite diene das Separationsrecht, das die Voraussetzung für die Zulässigkeit des gemeinrechtlichen Sonderkonkursverfahrens abgegeben hat. Wenn auch diese Voraussetzung mit der Beseitigung der Separation im modernen Rechte fortgefallen sei, so sei dieser Fortfall ohne Einfluß auf den Begriff „Sonderkonkurs" als solchen geblieben. Es erhebe sich aber jetzt die Frage,

[1]) a. a. O. S. 250 f.

[2]) a. a. O. S. 273 Note 24.

[3]) a. a. O. S. 273 Note 24 und S. 200 Note 7.

[4]) Kommentar § 102 Z. 5; daneben bezeichnet er freilich in § 214 Z. 6 den Nachlaßkonkurs als Sonderkonkurs.

[5]) Ebenso übrigens Oetker Konkursrechtl. Grundbegriffe Bd. 1 S. 69 ff.

[6]) Beitrag zur Lehre vom Sonderkonkurs (Heidelb. Diss. 1912) S. 10 ff.

welche Voraussetzung an die Stelle der Separation getreten sei. Da nun die tatsächlich zwischen Sondergläubigern und Sondermasse bestehenden Beziehungen nicht dinglicher Natur seien, so könnten sie nur in den besonders gearteten Obligationen ihren Ursprung haben. Zum Wesen der Obligation, so folgert Hagenguth, weiter, gehöre aber der Rechtszwang, der die Verbindung zwischen dem zivilistischen Rechte und dem Vollstreckungsrechte darstellt. Die Streitfrage, ob der Rechtszwang Bestandteil der Obligation sei, löst er in bejahendem Sinn.[1])

Der Rechtszwang äußere nun aber sein Dasein nach zwei Richtungen: in der Erzwingbarkeit des Anspruchs auf Gläubigerseite und in der Haftung als Ausfluß der Leistungspflicht auf Schuldnerseite. Gegenüber dem Rechtszwange sei die Vollstreckung einmal die Form, in der die Erzwingbarkeit sich zu betätigen habe; gleichzeitig diene sie aber zur Verwirklichung der Haftung. Damit sei klar gestellt, daß die jeweilige Vollstreckung nach Gegenstand und Form, soll sie dem Schuldner gegenüber nicht zu Unrecht erfolgen, von dem Umfang der Erzwingbarkeit und der Haftung abhängig sei. Daraus folge für den Sonderkonkurs, daß seine Voraussetzungen sich ebenfalls nach Erzwingbarkeit und Haftung richten müssen. Ebenso wie Erzwingbarkeit und Haftung ihrer Ausdehnung nach bald eingeengt, bald erweitert sein können, so können sie dem Grade, der Intensität nach, Verschiedenheiten vom Normalen aufweisen. In dem besonderen Grade von Erzwingbarkeit und Haftung haben nun nach Hagenguth die beariffliehen Voraussetzungen des Sonderkonkurses ihre Wurzeln; sie beruhen auf einer gesteigerten Intensität der Erzwingbarkeit einerseits und der Haftung andererseits. Nicht immer hafte nämlich der Schuldner mit seinem Vermögen auf gleicher Stufe; für gewisse Schulden hafte ein Vermögensteil, ein Sondervermögen unter Umständen in höherem Grade. Eine solche dem Grade nach erhöhte Haftung liege in den Fällen des Sonderkonkurses vor, eine Voraushaftung des betreffenden Sondervermögens. — In dem Korrespektivum der Haftung — der Erzwingbarkeit — findet nun Hagenguth die Erklärung für die Begrenzung des Gläubigerkreises; diese Erzwingbarkeit zeige sich aber wesentlich in dem Rechte des Gläubigers auf Beteiligung am Verfahren. Und zwar steht dieses Recht denjenigen Gläubigern zu, denen auf Grund

[1]) Hagenguth a. a. O. S. 15 ff.

bestimmter Schuldverhältnisse eine im Verhältnis zu den sonstigen Gläubigern des Gemeinschuldners dem Grade nach höhere Erzwingbarkeit zur Seite steht.

Ohne alsdann die auf diese Weise entwickelten begrifflichen Voraussetzungen des Sonderkonkurses in seine Begriffsbestimmung aufzunehmen, schließt sich Hagenguth der von Jäger gewählten Definition an.

Von den einzelnen Fällen ist weiter unten zu reden.[1])

IV. Die wenig umfangreiche Literatur über die Folgen, welche sich an den Begriff des Sonderkonkurses knüpfen und welche die praktische Fruchtbarkeit des Begriffs beweisen sollen, geht übereinstimmend davon aus[2]), daß die Folgen der Konkurseröffnung, soweit sie dem Konkursrecht angehören, grundsätzlich auch bei Eröffnung eines Sonderkonkurses eintreten. Dies gilt in erster Linie von den vermögensrechtlichen Wirkungen; denn auch im Sonderkonkurs wird die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Trägers des Sondervermögens einem Konkursverwalter übertragen, die Prozesse, die für oder gegen diesen Träger schwebten, werden unterbrochen, die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die nach Konkurseröffnung vorgenommen wurden, sind unwirksam. Alles dies gilt freilich nur insoweit, als die Prozesse oder Rechtshandlungen gerade das in Konkurs geratene Sondervermögen betreffen; hinsichtlich des übrigen Vermögens geht dem Gemeinschuldner das Verwaltungs- und Verfügungsrecht nicht verloren.

Was die Konkursgläubiger anbetrifft, so nehmen im Sonderkonkurs nur diejenigen Gläubiger teil, welche aus dem Sondervermögen ihre Befriedigung suchen können. Die sog. Privatgläubiger sind von der Teilnahme ausgeschlossen. Was dann unter dem sonstigen Vermögen, in welches durante concursu keine Arreste und Zwangsvollstreckungen erwirkt werden können, zu verstehen ist, ist Gegenstand einer Streitfrage. — Ebenso besteht hinsichtlich der persönlichen Wirkungen mitunter Streit, ob sie auch im Sonderkonkurs eintreten. Allgemein wird angenommen, daß die strafrechtlichen Tatbestände des Bankerotts auch von dem Gemeinschuldner des Sonderkonkurses erfüllt werden können. Ob auch die außerkonkursrechtlichen Folgen eintreten, hängt nach einer Meinung davon ab, ob im gegebenen Fall die

[1]) Vgl. § 21 der Arbeit.

[2]) Vgl. zum Folgenden namentlich Jäger K.O. § 1 Anm. 66, Fitting a. a. O.

Gründe zutreffen, worin jene Folgen wurzeln, insbesondere ob der Gemeinschuldner für die Konkurseröffnung verantwortlich gemacht werden kann, während nach einer anderen Meinung diese Beschränkungen nur bei Vorliegen eines Gesamtkonkurses eintreten.[1])

§ 3. Berechtigung und Wesen des Begriffs: Sonderkonkurs.

A. Berechtigung des Begriffs.

I. Wie oben schon hervorgehoben, hat es der Gesetzgeber vermieden, die Begriffe Gesamt- und Sonderkonkurs im Gesetz selbst zu verwenden. Nimmt man nun noch hinzu, daß der Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung (vgl. die besonderen Bestimmungen betr. das Verfahren über Teilmassen) und die preußische Konkursordnung (§ 1 Abs. 2), also die unmittelbaren Vorläufer unserer Konkursordnung, den Unterschied kannten, so liegt allerdings der Gedanke nahe, daß in der Reichskonkursordnung die Trennung in Universal- und Partikularkonkurs keine Aufnahme gefunden hat und finden sollte. Für diese Ansicht spricht auch insbesondere der ablehnende Standpunkt der Motive, welche doch in Zweifelsfällen in erster Linie dazu berufen sind, den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck zu bringen. Nun mag man ja allerdings im Zweifel sein, welcher Wert für die Auslegung eines Gesetzes den Materialien, speziell den Motiven, beizulegen ist[2]). Jedenfalls handelt es sich in unserem Fall nicht um die spezifische Auslegung eines Gesetzestextes, welche auf Grund der Entstehungsgeschichte einen klareren Inhalt desselben ergeben könnte. Vielmehr nehmen die Motive in ihren Vorbemerkungen zu § 193 (jetzt § 207) K.O., veranlaßt durch die Entwicklung im gemeinen Recht und in den Partikularrechten, lediglich zu der wissenschaftlichen Frage Stellung, ob eine Unterscheidung in Universal- und Partikularkonkurs gerechtfertigt erscheint oder nicht. Und einzig und allein unter Zugrundelegung gesetzlicher Bestimmungen, insbesondere bezugnehmend auch auf gleichartige Fälle des gemeinen und partikulären Rechts kommen sie dann zur Verneinung der Frage, ohne legislative Gründe anzugeben, welche eine Nichtaufnahme des Unterschieds rechtfertigen würden. Lediglich die eigenartige

[1]) Im einzelnen ist dies unten ausführlicher dargestellt.

[2]) Ueber diese Streitfrage vgl. Dernburg Bürgerliches Recht Bd. 1 § 8 und R.G. Bd. 51 S. 274.

Auffassung und Charakterisierung der in Betracht kommenden Fälle hat es zur Folge gehabt, daß diese Fälle gar nicht als Partikularkonkurse bezeichnet und der Begriff demnach auch als rein theoretisch und praktisch wertlos verworfen wurde. Die Ausführungen der Motive haben daher keine andere Bedeutung als wissenschaftliche Aeußerungen sonstiger Rechtslehrer (vgl. Hagenguth a. a. O. S. 9). Es kann deshalb niemals davon gesprochen werden, daß es nicht im Willen des Gesetzgebers liege, die Unterscheidung anzuerkennen. Die Ergebnisse der wissenschaftlichen Untersuchungen, die gerade hinsichtlich des Wesens jener Fälle angestellt worden sind, müssen daher auch hier verwertet werden, und, wenn sie anders ausgefallen sind, als die Motive zu Grunde legen, so wird man sich nicht scheuen dürfen, den Standpunkt der Motive einer Revision zu unterziehen.

II. Geht man davon aus, daß der Konkurs ein *Zustand des Schuldners* ist[1]) und daß daher nur der Konkurs eines Rechts*subjektes* möglich ist, so entsteht die weitere Frage, wie es dann sein kann, daß über einen Vermögens*teil* Konkurs eröffnet werden kann. — Es sind zwei Versuche unternommen worden, dieses Problem durch *Negierung seiner Voraussetzungen* zu lösen:

1. So bestreitet Schwarz[2]) schon den Ausgangspunkt des Problems mit der Behauptung, der Konkurs sei ein Zustand eines Vermögens. In Erweiterung der Brinz'schen Theorie vom Zweckvermögen geht er nämlich davon aus, daß neben dem unmittelbaren Zweck der eigenen Bedürfnisbefriedigung der mittelbare Zweck eines Vermögens darauf gerichtet sei, den Gläubigern des Inhabers zu haften. Denn nur mit Rücksicht auf dieses Vermögen werde dem Schuldner Kredit gewährt. Dieser definitive Vermögenszweck werde aber vereitelt, wenn die Gläubigerzahl sich vermehre und demnach nicht mehr voll befriedigt werden könnte. Um dieses Hindernis zu beseitigen, werde vorübergehend ein Konkursvermögen gebildet, aus welchem die Gläubiger alsdann anteilsmäßige Befriedigung erhalten. Es handle sich also lediglich um eine veränderte Zweckbestimmung eines Vermögens, nicht um einen Zustand des Gemeinschuldners.

Was zunächst den *Zweck* eines schuldnerischen Vermögens anbetrifft, so ist zu bemerken, daß der Gläubiger aller-

[1]) Vgl. Hellmann a. a. O. S. 124; Oetker a. a. O. S. 68 ff.

[2]) Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 32 S. 12 ff.; s. oben S. 24 f.

dings im Hinblick auf das vorhandene Vermögen kreditiert, daß er dies des öfteren aber auch tut, weil er in den Fleiß und in die Tatkraft des Schuldners sein Vertrauen setzt und hofft, daß er das vorhandene Vermögen wenigstens zu erhalten, wenn nicht zu vermehren vermag. Zwar ist es nun zutreffend, daß der Zweck des Konkursvermögens einzig und allein darauf gerichtet ist, die Gläubiger des Schuldners zu befriedigen, daß es also als werbendes und schaffendes Vermögen nicht mehr in Betracht kommen kann. Von dieser Seite aus liegt also allerdings eine veränderte Zweckbestimmung eines Vermögens vor und es ist daher durchaus zu billigen, wenn man das Konkursvermögen als Sondervermögen im Gegensatz zu dem anderen Zwecken dienenden freien Vermögen des Schuldners bezeichnet[1]). Mit der Beantwortung lediglich nach Zwecken und Interessen ist aber noch nicht die rechtliche Seite der Frage entschieden und insbesondere nicht gesagt, daß der Konkurs ein Zustand eines Vermögens sei. Schwarz sucht dies nun weiterhin daraus zu entnehmen, daß es ja das Vermögen als solches sei, welches die Rechte und Verbindlichkeiten zu erfüllen habe. Nun mag man ja von dieser Bezeichnung in der neueren Zeit immer mehr Gebrauch gemacht haben[2]), so daß man bei gewissen Vermögensmassen geradezu von Forderungen und Schulden der einen gegen die andere spricht; eine rechtliche Grundlage hat sie nicht. Die Rechtsordnung geht vielmehr grundsätzlich davon aus, daß lediglich die Rechtsfähigkeit die Fähigkeit verleiht, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Diese Rechtsfähigkeit wird aber nirgends einem Vermögen als solchem zugeschrieben; ja bei den zweifelhaften Gebilden, z. B. der offenen Handelsgesellschaft hat die Praxis und die durchaus überwiegende Ansicht der Literatur sich ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, daß sie nicht rechtsfähig seien. Rechtsfähig sind vielmehr nur die natürlichen und die juristischen Personen. Nur sie können also Träger von Rechten und Verbindlichkeiten sein. Rechtlich schuldet also nicht das Vermögen, sondern der Inhaber des Vermögens. Und zwar ist dies sowohl in der Weise denkbar, daß der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen für die Schuld einzustehen hat, als auch so, daß er nur mit einem Teil seines Vermögens haftet, z. B. der Erbe für eine Nachlaßverbindlichkeit. Es ist daher eine ungenaue Ausdrucksweise, wenn in letzterer Beziehung vielfach

[1]) Vgl. hiezu insbesondere Jäger Kommentar § 1 Anm. 51.
[2]) Vgl. dazu Fitting Lehrbuch a. a. O.

davon die Rede ist, daß gewisse Schulden dem Nachlasse bezw. der Erbschaft zur Last fallen (z. B. §§ 2215, 1963, 2123 B.G.B., § 971 C.P.O.), so daß also der Anschein erweckt wird, als sei hier überall die Vermögensmasse selbst die Schuldnerin; vielmehr ist hier stets der Erbe als Subjekt der betreffenden Vermögensmasse zu verstehen und dies ist um so verständlicher als die Begründung, Aenderung und Aufhebung von Vermögensrechten und Vermögenspflichten nicht ohne einen Willen denkbar ist, der für das Vermögen maßgebend ist[1]). Ein willenloses Ding wie eine Vermögensmasse kann daher niemals Schuldner sein. — Wollte man in der Tat dem Vermögen als solchem die Fähigkeit zuschreiben, Schulden zu haben, so wäre es unverständlich, warum nach Beendigung eines Konkurses über dieses Vermögen der Gläubiger den Ausfall immer noch gegen den Schuldner geltend machen kann. Konsequenterweise müßte ihm dieses Recht verwehrt sein; denn jene Schulden lasteten ja nur auf jenem Vermögen; jetzt hat aber der Schuldner neues Vermögen, welches für jene alten Schulden doch nicht mehr haften könnte. Die Folge wäre also eine auf das Vermögen dinglich beschränkte Haftung für die Schulden, welche von der Rechtsordnung noch nie anerkannt worden ist. — Ueber das Vermögen eines Schuldners wird aber dann der Konkurs eröffnet, wenn er zahlungsunfähig ist (§ 102 K.O.). Die Konkurseröffnung dokumentiert also die Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners, d. h. dieser befindet sich im Zustand der Zahlungsunfähigkeit; nicht das Vermögen kann nicht zahlen, sondern der Schuldner, auch nicht auf Grund der Mittel, die ihm persönlicher Kredit verschafft. *Der Konkurs bedeutet also den Zustand eines Schuldners.*

2. Ein anderer Versuch geht davon aus, daß der *Vermögensteil* eben selbst ein *Rechtssubjekt* sei.

a) Dies führen *Oetker*[2]) und *Willenbücher*[3]) in der Weise aus, daß sie die Rechtssubjektivität im Sinne des *Konkursrechts* bejahen und demnach eine besondere Gruppe konkursfähiger Rechtssubjekte aufstellen. Die Aufstellung eines besonderen Rechtssubjektsbegriffs für eine einzelne Rechtsdisziplin ist aber nicht möglich, da der Begriff notwendig für das ganze Rechtsgebiet ein einheitlicher ist.

---

[1]) Vgl. Planck Kommentar z. B.G.B. Vorbem. 1 zu § 21.

[2]) a. a. O.

[3]) a. a. O.

b) Nach Hellwig[1]) dagegen wird das selbständige Sondervermögen ein Rechtssubjekt erst durch das Konkursverfahren, d. h. durch die Eröffnung des Konkurses über das Sondervermögen. Die Frage, um die es sich hier handelt, ist aber doch so gestellt, warum ein Teilvermögen selbständig dem Konkurs unterliegen kann. Die Antwort darauf kann aber nicht (mit Hellwig) sein, daß es durch die Konkurseröffnung (Sonderkonkurs) ein solches selbständiges Sondervermögen werde. Denn damit ist die Frage, nämlich nach der Zulässigkeit der Konkurseröffnung als vorkonkurslicher Eigenschaft des Sondervermögens, nicht beantwortet.[2])

B. Wesen des Begriffs.

I. Die Frage, daß und warum über Vermögensteile ein Konkurs eröffnet werden kann, soll im folgenden mit Hilfe der induktiven Methode durch Betrachtung der in der Konkursordnung ausdrücklich zugelassenen besonderen Fälle (§§ 207—238 K.O.) gelöst werden. Daraus wird sich dann auch ergeben, wie der Sonderkonkurs begrifflich zu bestimmen ist.

Grundsätzlich bildet das gesamte Vermögen eines Rechtssubjekts die Konkursmasse und dessen sämtliche Gläubiger sind zur Teilnahme an diesem Verfahren berechtigt (§§ 1 und 3 K.O.). In ihrem achten Titel hat aber die Konkursordnung unter der Bezeichnung „besondere Bestimmungen" die Eröffnung eines Konkursverfahrens über verschiedenartige Rechtsgebilde für zulässig erklärt, bei denen es nicht immer unzweifelhaft ist, ob der Grundsatz der Universalität mit Beziehung auf das betreffende Rechtssubjekt aufrecht erhalten wurde. Die Fälle selbst sind lose aneinandergereiht, ohne in eine systematische Zusammenfassung gebracht zu sein. Es bedarf daher einer Untersuchung der Frage, ob alle Fälle sich dem oben formulierten Prinzip unterstellen lassen oder ob es einige von ihnen gibt, für die eine Abweichung von jenem Grundsatz einzutreten hat.

1. Gemäß §§ 207 und 208 K.O. findet zunächst über das Vermögen einer Aktiengesellschaft das Konkursverfahren statt. Für die Gläubiger, die sich an diesem Verfahren beteiligen können, ist die Aktiengesellschaft selbst die

[1]) Vgl. Anspruch und Klagrecht § 31 II.

[2]) Vgl. Hagenguth a. a. O. S. 14.

Schuldnerin; denn sie ist juristische Person, wie jetzt fast allgemein angenommen wird.[1]) Freilich könnte aus § 213 K.O. geschlossen werden, daß hier die juristische Person zunächst in Gegensatz zur Aktiengesellschaft gestellt und lediglich einige konkursrechtliche Vorschriften für analog anwendbar erklärt sind. Allein aus § 210 Abs. 1 H.G.B. geht m. E. die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft insbesondere im Gegensatz zur offenen Handelsgesellschaft ganz unzweifelhaft hervor. Für das Konkursrecht darf aber dann diese juristische Persönlichkeit nicht wieder in Frage gestellt werden. Diese Tatsache befähigt sie nun auch, eigenes Vermögen zu haben, welches dann im Konkurs die Masse bildet. Die Universalität auf Seiten der Aktiv- wie der Passivmasse ist also gewahrt. Dasselbe muß aber angesichts des § 13 des Gesetzes betr. G. m. b. H. für diese Gesellschaftsform und angesichts des § 17 des Gesetzes über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bezüglich der Genossenschaften gelten. Nur insofern könnten Bedenken entstehen, als die Aktiengesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst wird (§ 292 H.G.B.). Denn es entsteht in diesem Fall die Frage, ob die Aktiengesellschaft infolge der Auflösung nicht ihre Rechtspersönlichkeit verliert, so daß nicht mehr ihr Vermögen die Masse bildet, sondern das jetzt den Aktionären wieder angefallene Vermögen, also Teile des Vermögens anderer Personen. Die Frage ist bestritten[2]); man wird sich jedoch der durchaus herrschenden Ansicht anzuschließen haben[3]), nach welcher die Aktiengesellschaft durch die Konkurseröffnung nur nach ihrer produktiven Seite aufgelöst wird, im übrigen jedoch wie im Liquidationsverfahren noch so lange als fortbestehend gilt, bis der Zweck des Konkursverfahrens erreicht ist. Die Selbständigkeit des Vermögens bleibt demnach bis zur vollzogenen Verteilung erhalten.

2. Daß der Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person einen Universalkonkurs dar-

---

[1]) Vgl. Staub H.G.B. § 210; Dernburg Bd. 1 S. 250; a. A. Meurer, die juristischen Personen nach Reichsrecht S. 98, der der Aktiengesellschaft lediglich formelle Rechtsfähigkeit zuschreibt und daraus die Konkursfähigkeit ableitet; dagegen insbes. Jäger K.O. § 207 Anm. 1.

[2]) Vgl. Goldstein Konkurs der A.G. in den Annalen des deutschen Reichs 1901 S. 721 ff., § 4.

[3]) Insbes. R.G. in J.W. 1896 S. 373 u. 697; ferner Sydow-Busch K.O. Anm. 4 zu § 207, Petersen-Kleinfeller K.O. Anm. 3 zu § 207, Jäger K.O. § 207.

stellt, bedarf wohl insofern keiner weiteren Ausführung, als der Verein mindestens bis zur Konkurseröffnung ein selbständiges Rechtssubjekt ist. Das weitere Schicksal des Vereinsvermögens kann aber deswegen zweifelhaft sein, weil gemäß § 42 Abs. 1 B.G.B. der Verein durch die Eröffnung des Konkurses die Rechtsfähigkeit verliert. Hätte nun diese Bestimmung die Bedeutung, daß das Vereinsvermögen alsbald aufhört, Vermögen eines selbständigen Rechtssubjekts zu sein, so könnte nur in Betracht kommen, daß das ehemalige Vereinsvermögen nunmehr anderen Personen, etwa den Anfallberechtigten, gehöre; dann wäre aber für einen Universalkonkurs kein Raum mehr vorhanden. Andererseits dürfte es aber allerdings als ein großer Widerspruch erscheinen, zu sagen, der Verein verliere durch Konkurseröffnung die Rechtsfähigkeit, während er dennoch Subjekt des Vermögens bleibe. — Jäger[1]) sucht dieses Bedenken dadurch zu beseitigen, daß er sagt, wenn mit der Konkurseröffnung wirklich die Rechtspersönlichkeit zu existieren aufhören würde, so könne man von einem Konkurs der juristischen Person überhaupt nicht mehr sprechen, weil ja dann keine juristische Person mehr vorhanden sei; das tue doch aber gerade § 213 K.O. Allein dem könnte m. E. vielleicht entgegengehalten werden, daß die §§ 207 und 208 K.O., auf welche § 213 verweist, ja lediglich Bestimmungen bezüglich der sachlichen und formellen Konkurs*voraussetzungen* treffen, daß also damit die Frage noch gar nicht entschieden ist, ob auch *nach* Konkurseröffnung noch von einem Konkurs der juristischen Person die Rede wäre. Es ist m. E. § 45 Abs. 1 B.G.B. heranzuziehen. Dort ist bestimmt, daß mit der Auflösung des Vereins und der Entziehung der Rechtsfähigkeit das Vereinsvermögen den Anfallberechtigten anfalle. Es kann nun hier die Entscheidung der Streitfrage dahingestellt bleiben, ob diese in dem bezeichneten Zeitpunkt lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Ausfolgung ihres Anteils erlangen oder ob sie bereits dingliche Anteilsrechte am Vermögen erworben haben.[2]) Hier ist es nur von Wichtigkeit, festzustellen, daß in § 45 Abs. 1 von einem „*Verluste*" der Rechtsfähigkeit, wie ihn § 12 B.G.B. an die Konkurseröffnung knüpft, nicht die Rede ist. Daß das Gesetz hier gegenüber der „*Entziehung*" der Rechtsfähigkeit einen Unterschied machen

[1]) K.O. § 213 Anm. 8 und § 25 Anm. 9.

[2]) Ueber die Streitfrage vgl. Staudinger B.G.B. zu § 45; dort auch Literatur.

will[1]), geht wohl schon daraus hervor, daß ursprünglich nach dem ersten Entwurf an die Konkurseröffnung die Auflösung des Vereins geknüpft war. Hätte nun das Gesetz mit dem „Verlust" der Rechtsfähigkeit denselben Sinn verbinden wollen, wie mit der Entziehung, so wäre die nunmehrige Anwendung ganz verschiedener Worte unverständlich. Außerdem aber stellt der „Verlust" der Rechtsfähigkeit gegenüber der „Entziehung" den allgemeineren Begriff dar; eine für die Entziehung, also den speziellen Fall, eintretende Rechtsfolge trifft nicht ipso iure auch für den allgemeineren Fall zu; denn sonst hätte das Gesetz die Rechtsfolge für den letzteren eintreten lassen. Das Gesetz hat also für das Schicksal des Vermögens im Fall des Verlustes der Rechtsfähigkeit durch Konkurseröffnung keine Bestimmung getroffen[2]) und auch nicht nötig gehabt, eine solche zu treffen; denn das Vermögen ist ja zur anteilsmäßigen Befriedigung ausschließlich für die Gläubiger bestimmt. — Da aber ein Vermögen ohne Träger, ohne Rechtssubjekt undenkbar ist, so muß der Verein für die Dauer des Konkurses fortbestehen; denn ein stillschweigender Uebergang des Vermögens etwa auf die Vereinsmitglieder kann mangels einer gesetzlichen Bestimmung nicht angenommen werden; ebenso kann das Vermögen auch nicht herrenlos werden. Der Verlust der Rechtsfähigkeit bedeutet daher dasselbe, was für die Aktiengesellschaft die Auflösung durch Konkurseröffnung ist: Für die Zwecke des Konkurses gilt der Verein als fortbestehend. Zu diesem Ergebnis führt auch die unverkennbare Analogie aus § 49 Abs. 2 B.G.B. — Demnach ist der Konkurs einer juristischen Person auch ein Universalkonkurs.

3. § 209 K.O. bestimmt weiterhin, daß im Fall der Zahlungsunfähigkeit einer offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder Aktienkommanditgesellschaft über das Gesellschaftsvermögen ein besonderes Konkursverfahren stattfindet[3]). Das

---

[1]) Für die Gegenüberstellung siehe Meurer a. a. O. S. 296/297.

[2]) Ebenso Meurer a. a. O. S. 300: Die Devolutionsfrage entsteht nur für den Fall, daß nach Konkursbeendigung noch Vermögen übrig bleibt.

[3]) Hinsichtlich der Zulässigkeit eines Gesellschaftskonkurses war vor Inkrafttreten des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs eine Einigkeit nicht erzielt worden. Erst durch Art. 122 dieses Gesetzes, der freilich die Statthaftigkeit nicht direkt normierte, und durch die preußische Konkursordnung, sowie durch die meisten landesrechtlichen Einführungsgesetze (z. B. Art. 41 Abs. 1 des württ. E.G.) wurde

Wesen der offenen Handelsgesellschaft ist nun trotz eingehender Gesetzesbestimmungen immer noch Gegenstand lebhaften Streites.[1]) Soviel steht jedenfalls fest, daß durch die Zulassung eines selbständigen Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen die Frage nicht entschieden werden sollte[2]), ob die offene Handelsgesellschaft juristische Person ist oder nicht.[3]) Denn der Gesetzgeber konnte die Entscheidung dieser Frage unmöglich in ein Gesetz verlegen, in welchem lediglich über eine einzige Eigenschaft, nämlich über die Konkursfähigkeit, eine Bestimmung getroffen worden ist. Auf der anderen Seite kann auch nicht der Formulierung Hellmanns beigetreten werden; nach ihm scheiden die in § 209 aufgezählten Handelsgesellschaften, weil die K.O. eigene Bestimmungen für sie getroffen habe, aus dem Kreise der juristischen Personen auf dem Gebiete des Konkursrechtes aus.[4]) Damit läßt Hellmann die Frage offen, ob diese Handelsgesellschaften nicht für die übrigen Gebiete der Rechtsordnung als juristische Personen bezeichnet werden könnten. Eine derartige Unterscheidung ist aber unmöglich, da die Frage, ob eine juristische Person vorliegt, nach bürgerlichem Recht allein zu beurteilen ist und demnach für das ganze Rechtsgebiet einheitlich beantwortet werden muß.

Aehnliche Erwägungen treffen auch gegenüber der in der Literatur vielfach vertretenen Auffassung[5]) zu, nach welcher die offene Handelsgesellschaft für den Prozeß und deshalb auch für den Konkursprozeß juristische Person sei. Mit Rücksicht auf die Konsequenzen, welche eine solche Ansicht, streng durchgeführt, haben würde, scheint gerade diese Meinung sehr bedenklich. Denn schon bezüglich der Eigentums-

die Zulässigkeit anerkannt, ohne daß damit freilich die französische Lehre gebilligt wurde, welche die offene Handelsgesellschaft als Verbandspersönlichkeit auffaßte; vgl. Goltdammer Pr. K.O. § 1 Anm. 9.

[1]) Vgl. namentlich Burchardt, Feststellung im K. d. o. H. S. 26 ff. und dort Lit.

[2]) So allerdings Wolff K.O. § 209 Anm. 2.

[3]) Ebenso die Motive Vorbem. zu § 193 (jetzt § 207) „eine Konkursordnung wird sich davor zu hüten haben, die immerhin bestrittene Frage der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft durch Aufstellung des Begriffs eines Partikularkonkurses nebenbei zur gesetzlichen Lösung zu bringen."

[4]) Hellmann Lehrbuch S. 570.

[5]) Vgl. Gaupp-Stein (10. Aufl.) C.P.O. § 50 II d; ähnlich Hellwig Anspr. u. Kl. S. 266.

verhältnisse müßte folgerichtig angenommen werden, daß im Falle eines Prozesses das Gesellschaftsvermögen plötzlich auf ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt übergegangen, während die offene Handelsgesellschaft für das eigentliche Feld ihrer Tätigkeit Gesellschaft und die Gesellschafter Eigentümer des Gesellschaftsvermögens geblieben wären. Eine so verschiedene Behandlung zu gleicher Zeit kann aber ohne ausdrückliche Bestimmung unmöglich als im Sinne der Rechtsordnung gelegen bezeichnet werden.

Man wird vielmehr die in Theorie[1]) und Praxis[1]) allmählich zur Herrschaft gelangte Ansicht als richtig anerkennen müssen, nach welcher durch die Vorschrift des § 124 H.G.B., in welcher die einzelnen rechtlichen Beziehungen bezeichnet werden, in denen die offene Handelsgesellschaft auftreten kann, diese nicht zur juristischen Person gemacht wurde, vielmehr die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit die Subjekte der Rechte und Pflichten sind. Dafür spricht m. E. vor allem auch die Fassung des § 124 H.G.B. im Gegensatz zu § 210 H.G.B.[2]), aus welchem die juristische Persönlichkeit der Aktiengesellschaft abgeleitet wird. Während in § 210 H.G.B. ausgesprochen ist, daß die Aktiengesellschaft selbständig ihre Rechte und Pflichten habe, ist in § 124 davon die Rede, daß die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma die betreffenden Rechte und Pflichten habe. Nun mag freilich zugegeben werden, daß § 124 H.G.B. in erster Linie den Unterschied der offenen Handelsgesellschaft von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts darlegen sollte, daß also eigentlich die Statuierung eines Gegensatzes zu § 210 H.G.B. nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag. Selbst wenn aber aus § 124 H.G.B. die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft (vgl. Stein C.P.O. 11. Aufl. § 50 II 4) abgeleitet werden wollte, so würde dem doch auch der Unterschied in der Fassung dieser Vorschrift gegenüber § 210 H.G.B. entgegenstehen. Denn derselbe juristische Begriff kann auf zwei so verschiedene Gesetzesbestimmungen nicht gestützt werden. Allein wenn aus zwei gesetzlichen Bestimmungen derselbe juristische Begriff abgeleitet werden will, so darf m. E. in der Fassung der betreffenden Vorschriften ein so tiefgreifender Unterschied nicht bestehen.

---

[1]) Vgl. namentlich Staub H.G.B. § 105 Anmerkung 27 und R.G. in J.W. 1901 S. 576.

[2]) Siehe auch §§ 13 Ges. betr. G. m. b. H. und 17 Genoss.-Ges.

Andererseits muß auch immer wieder auf § 105 H.G.B. verwiesen werden, welcher die offene Handelsgesellschaft eben als eine Gesellschaft bezeichnet.

Wenn demnach die offene Handelsgesellschaft nicht unter den Begriff der juristischen Person fällt, so ist ein von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt nicht vorhanden; die Gesellschafter selbst sind daher Eigentümer und Subjekte des Gesellschaftsvermögens. Nicht selten wird nun die Zulässigkeit eines besonderen Konkurses über die offene Handelsgesellschaft auf den Grundsatz der gesamten Hand zurückgeführt[1]), auf dem diese Gesellschaftsform aufgebaut ist. Dem steht aber ohne Zweifel entgegen, daß über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ein Konkurs nicht möglich ist; wäre dies nämlich der Fall, so hätte der Gesellschaftskonkurs unbedingt als Auflösungsgrund in den §§ 723 ff. B.G.B. erwähnt werden müssen. Hätte das Gesetz in der Tat das Gesamthandprinzip für einen Sonderkonkurs zu Grunde legen wollen, so wäre es doch weit natürlicher gewesen, den Konkurs allgemein für die Gesellschaft des B.G.B. zuzulassen, welche doch die Grundform der Gemeinschaften zur gesamten Hand bildet. Wenn demgegenüber Schultze einwendet, daß sich diese Regelung des Gesetzes leicht daraus erklären lasse, daß in den übrigen Fällen der Gemeinschaft eben regelmäßig auch nicht die Vergemeinschaftung inhaltlich und gegenständlich so weit reiche wie bei der offenen Handelsgesellschaft und daß dort auch nicht im gleichen Maße die Eröffnung des Konkursverfahrens mit seinem komplizierten und kostspieligen Apparat am Platze sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß bei diesem „Mehr" der Vergemeinschaftung offenbar etwas in Frage kommt, was jenseits des Prinzips der gesamten Hand überhaupt liegt.

Soviel ist nun sicher, daß das Gesellschaftsvermögen als solches mit Leichtigkeit festgestellt werden kann; denn seine rechtliche Selbständigkeit ist durch § 718 B.G.B. garantiert, woraus sich von selbst eine Trennung vom Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter ergibt.

Was ist nun die Eigentümlichkeit dieses Gesellschaftsvermögens gegenüber dem Privatvermögen der einzelnen

[1]) Vgl. Seuffert Konkursprozeßrecht a. a. O.; Schad a. a. O.; Schultze in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Goldschmidt) Band 47 S. 543.

Gesellschafter?[1]) — Für die Beantwortung dieser Frage stehen uns zwei Wege offen: entweder die Privatgläubiger der Gesellschafter dürfen das Gesellschaftsvermögen nicht zum Gegenstand ihres Zugriffs machen[2]), oder das Gesellschaftsvermögen ist einzig und allein für die Gesellschaftsgläubiger vorhanden. Die Betrachtungsweise vom Standpunkte der Privatgläubiger aus führt uns wieder zurück zum Gesamthandprinzip; denn der Zugriff ist für die Privatgläubiger deshalb ausgeschlossen, weil das Gesellschaftsvermögen gesamthänderisch gebunden und erst nach Abwicklung der Gesamthandsverhältnisse von praktischer Bedeutung für sie wird, wenn sie auch den Anteil vorher pfänden können. Das Gesamthandprinzip ist aber aus den oben angeführten Gründen nicht verwertbar. Es bleibt daher noch die Betrachtungsweise vom Standpunkt der Gesellschaftsgläubiger. Diese können nun ihre Befriedigung direkt aus dem Gesellschaftsvermögen suchen, während die Privatgläubiger lediglich darauf angewiesen sind, den Anteil ihres Schuldners am Gesellschaftsvermögen zu pfänden, d. h. den Anspruch auf dasjenige, was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt. Die Privatgläubiger stehen also den Gesellschaftsgläubigern nach, welche ihrerseits ein Vorrecht an dem Gesellschaftsvermögen haben. Dieselbe Erscheinung finden wir aber auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ 725 B.G.B.); sie muß also ebenfalls wieder auf dem Gesamthandprinzip beruhen; denn zwischen § 135 H.G.B. und § 725 B.G.B. besteht wohl vielleicht ein quantitativer, niemals aber ein qualitativer Unterschied. Es muß also noch etwas weiteres hinzukommen, um den Unterschied zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des B.G.B. zu charakterisieren. Und dieses Besondere liegt wohl darin daß es bei der offenen Handelsgesellschaft allein die Gesellschaftsgläubiger sind, welche sich direkt an das Gesellschaftsvermögen halten können. Denn zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die offene Handelsgesellschaft gerichteter Titel erforderlich (§ 124 Abs. 2 H.G.B.), während bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ein gegen alle Gesellschafter gerichteter Titel notwendig ist (§ 736 C.P.O.). Im

[1]) Im Folgenden ist nur die Rede von der offenen Handelsgesellschaft.

[2]) Dies ergibt sich ohne weiteres aus §§ 718/719 B.G.B., während Art. 119 allg. H.G.B. dies ausdrücklich festsetzte, vgl. Staub H.G.B. § 124 Anm. 28.

letzteren Fall sind es also nicht bloß Gesellschaftsschulden, denen das Gesellschaftsvermögen unmittelbar haftet, sondern auch irgend welche sonstige Verbindlichkeiten, für die die Gesellschafter als Gesamtschuldner haften. Gegenüber solchen Gläubigern sind daher die Gesellschaftsgläubiger keineswegs besser gestellt, während bei der offenen Handelsgesellschaft ihnen allein das Sondervermögen verhaftet ist.

Nun können die Gesellschaftsgläubiger allerdings auch das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter in Anspruch nehmen; ja selbst bei Ausbruch der Gesellschaftsgant ist ihnen dieser Zugriff entgegen Art. 122 allg. H.G.B. nicht verwehrt. Insofern stehen sie also den Privatgläubigern vollkommen gleich. Aber darin zeigt sich ihre Bevorzugung vor allen anderen Gläubigern daß sie ohne irgend welche Konkurrenz allein das Gesellschaftsvermögen angreifen können. Sie sind also gegenüber allen Privatgläubigern bevorzugt und können *vor* ihnen aus dem gemeinschaftlichen Vermögen ihre Befriedigung suchen.

Zu demselben Ergebnis führt eine Betrachtung der *Kommanditgesellschaft*, welche auf demselben Prinzip aufgebaut ist wie die offene Handelsgesellschaft (vgl. § 161. bes. Abs. 2. H.G.B.). mit dem einzigen Unterschied, daß sich die Gesellschaftsgläubiger nur an das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter halten können. nicht aber an das Vermögen des Kommanditisten; juristische Person ist die Kommanditgesellschaft ebensowenig wie die offene Handelsgesellschaft.

In § 209 K.O. ist endlich noch die Zulässigkeit eines selbständigen Konkursverfahrens über das Vermögen einer *Aktienkommanditgesellschaft* normiert. Aus der Nichterwähnung dieser Handelsgesellschaft in § 207 K.O. und der scheinbaren Gleichstellung mit der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft in § 209 K.O. könnte nun der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber die Aktienkommanditgesellschaft in ihrem Wesen nicht der Aktiengesellschaft sondern den soeben behandelten Gesellschaftsarten gleichstellte und daß daher die Aktienkommanditgesellschaft juristische Persönlichkeit nicht besitzt. Davon scheint auch das Reichsgericht[1]) auszugehen. wenn es sagt, der persönlich haftende Gesellschafter der Aktienkommanditgesellschaft könne als solcher unmittelbar aus § 240 (früher § 210) K.O. strafrechtlich verantwortlich gemacht werden,

[1]) R.G.St. Bd. 34 S. 374 (380).

wie bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft. Auch Hellmann[1]) verneint wenigstens für das Gebiet des Konkursrechts die Rechtspersönlichkeit der Aktienkommanditgesellschaft. Allein es wäre wiederum verfehlt, aus einer so singulären Bestimmung heraus, in welcher die Aktienkommanditgesellschaft mit der offenen Handelsgesellschaft einmal gleich behandelt wird, die Frage im Prinzip zu entscheiden[2]), ob sie juristische Person ist oder nicht. Vielmehr zeigt die Gestaltung, welche die Aktienkommanditgesellschaft im neuen Handelsgesetzbuch erfahren hat, daß sie sich weit mehr an die Aktiengesellschaft angeschlossen hat[3]), als dies vor 1900 der Fall gewesen ist, wo sie auf der Grundlage der Kommanditgesellschaft aufgebaut war. Denn nunmehr gelten für die Aktienkommanditgesellschaft grundsätzlich die Vorschriften über Aktiengesellschaften, soweit sich nicht aus dem Vorhandensein eines persönlich haftenden Gesellschafters Modifikationen ergeben (§ 320 H.G.B.); und gerade die Bezugnahme auf § 210 H.G.B. bringt zum Ausdruck, daß das Gesetz auch die Aktienkommanditgesellschaft als juristische Person betrachtet[4]). Wenn demgegenüber vielleicht eingewendet wird, daß bei einer solchen Annahme eine Bestrafung der persönlich haftenden Gesellschafter wegen Konkursvergehens ausgeschlossen sei, weil in § 244 K.O. die Aktienkommanditgesellschaft nicht aufgezählt sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß gemäß § 325 H.G.B. die persönlich haftenden Gesellschafter genau dieselbe strafrechtliche Verantwortung trifft wie die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft. Der Konkurs über das Vermögen einer Aktienkommanditgesellschaft ist daher ein Universalkonkurs[5]); Gemeinschuldner ist die Aktienkommanditgesellschaft selbst.

---

[1]) a. a. O.

[2]) Vielmehr ist die Zusammenstellung aus historischen Gründen zu erklären.

[3]) Auch in der Konkursordnung zeigt sich dieses Bestreben; denn für die Aktienkommanditgesellschaft ist ebenso wie für die Aktiengesellschaft Ueberschuldung Konkursvoraussetzung.

[4]) Ebenso die herrschende Meinung, besonders Staub H.G.B. § 320 Anm. 2 und 8 und Dernburg bürgerl. R. Bd. 2 S. 612; anders Jäger K.O. § 1 Anm. 64, der den Konkurs der Aktienkommanditgesellschaft als Sonderkonkurs auffaßt, wobei er aber diese Gesellschaftsform nicht als juristische Person ansehen kann; anscheinend anders § 209 Anm. 1, wo der Aktienkommanditgesellschaft dieselbe rechtliche Natur zugeschrieben wird wie der Aktiengesellschaft.

[5]) Anders Labes a. a. O. S. 113 und 115 und Jäger a. a. O.

4. In § 214 spricht die Konkursordnung kurzweg von dem Konkurs über den Nachlaß[1]). Die Motive, die noch im Anschluß an das vor 1900 geltende Recht lediglich den Fall eines erblosen Nachlasses und den Fall, wo der Erbe Benefizialerbe ist, als Nachlaßkonkurs behandeln, betrachten diesen Konkurs der Selbständigkeit des Nachlasses wegen und in Ermangelung sonst verhafteten Vermögens als Universalkonkurs. Für das neue Recht können aber diese Gründe nicht mehr von ausschlaggebender Bedeutung sein; denn nach § 216 K.O. kann nunmehr ein Nachlaßkonkurs auch eröffnet werden, wenn der Erbe die Erbschaft angenommen hat, selbst wenn er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Gerade die letzten beiden Fälle scheinen mir aber gegen die Gründe der Motive erheblich ins Gewicht zu fallen und namentlich die tatsächliche Selbständigkeit des Nachlasses einigermaßen in Frage zu stellen.

So ist nun der Versuch unternommen worden, den Nachlaß wenigstens für den Fall eines Nachlaßkonkurses oder einer Nachlaßverwaltung als juristische Person zu konstruieren.[2]) Kohler geht davon aus, daß mit Eintritt der Nachlaßverwaltung und mit Eröffnung des Nachlaßkonkurses der Nachlaß aufhöre, Vermögen des Erben zu sein und nunmehr Vermögen einer stillschweigenden juristischen Person werde. Es erfolge in Wahrheit eine sogen. Rückdatierung, so daß es so angesehen werde, als ob der Erbe nie Inhaber des Nachlasses gewesen wäre; vielmehr werde der Erbe so behandelt, wie wenn er ein verfügungsberechtigter Verwalter gewesen wäre. Das ergebe sich schon aus den §§ 223, 224 Abs. 1 K.O. und 1978 B.G.B.; für die Rückdatierung seien fernerhin die §§ 784 C.P.O. und 221 K.O. maßgebend. Es erscheint aber doch außerordentlich bedenklich, lediglich aus der Stellung eines Verwalters, welche das Gesetz in gewissen Bestimmungen dem Erben einräumt, die juristische Persönlichkeit des Nachlasses abzuleiten. Durch die Konkurseröffnung bezw. Nachlaßverwaltung wird dem Erben einzig und allein die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß entzogen, und so wenig wie die Konkursmasse, über die der Gemeinschuld-

[1]) Schon das ältere römische Recht kannte einen Nachlaßkonkurs, aber nur, wenn der Erbe nicht ermittelt werden konnte. Später wurde ein Konkurs auch zugelassen, wenn der Erbe Benefizialerbe war. Sonst konnte ein Nachlaßkonkurs nicht stattfinden, ebenso im gemeinen Recht; vgl. Jäger Voraussetzungen eines Nachlaßkonkurses § 1.

[2]) Kohler Leitfaden S. 68 f., 70.

ner nach § 6 K.O. das Verwaltungs- und Verfügungsrecht ebenfalls verliert, juristische Person wird, ebensowenig der Nachlaß. Außerdem würde aber ein solcher Fall der Bildung einer juristischen Person ganz und gar im Widerspruch stehen mit der im B.G.B. geregelten Bildung juristischer Personen; sie würde sich ja stillschweigend vollziehen. Für einen solchen Ausnahmefall müßte demnach unzweifelhaft eine Sonderbestimmung getroffen worden sein. Da eine solche fehlt, kann der Ansicht Kohlers nicht beigetreten werden. Vielmehr bleibt der Nachlaß im Vermögen des Erben.

Es wird also auch hier wiederum über einen Vermögensteil einer Person ein besonderer Konkurs eröffnet.[1]) Was sind nun aber die Eigentümlichkeiten dieses Vermögensteiles? Zwar können auch die Privatgläubiger des Erben in Nachlaßgegenstände vollstrecken lassen.[2]) Allein gerade im Fall eines Nachlaßkonkurses, wenn es sich also um die Verwertung des Nachlasses handelt, muß die getroffene Vollstreckungsmaßregel wieder aufgehoben werden, § 221 K.O., und im Verfahren selbst können nur Nachlaßverbindlichkeiten geltend gemacht werden (§ 226 K.O.). Der Nachlaß wird also ausschließlich zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger verwendet, ohne Rücksicht darauf, daß diese auch noch das Privatvermögen des Erben, wenn er unbeschränkt haftet, in Anspruch nehmen können. — Wir haben also hier wieder die gleiche Erscheinung wie bei der offenen Handelsgesellschaft, daß ein bestimmter Vermögensteil einer gewissen Anzahl von Gläubigern, nämlich den Nachlaßgläubigern, vor anderen Gläubigern, nämlich den Privatgläubigern, haftet. Dabei sind die Nachlaßgläubiger nicht gehindert, alsbald nach Ausbruch des Nachlaßkonkurses, wenn der Erbe unbeschränkt haftet, gegen das Privatvermögen des Erben, und zwar hinsichtlich des vollen Betrags ihrer Forderung, nicht bloß in Höhe ihres Ausfalls, vorzugehen.[3]) Von einer ausschließlichen Haftung des Nachlasses ist daher ebensowenig die Rede, wie bei der offenen Handelsgesellschaft.

---

[1]) Auch das Reichsgericht stellt den Nachlaß als gleichwertig neben die Rechtssubjekte, vgl. R.G.St. Bd. 29 S. 103; dagegen siehe oben S. 33.

[2]) Insofern sind sie also besser gestellt als die Privatgläubiger eines persönlich haftenden Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft.

[3]) Vgl. R.G. Bd. 25 S. 36 und § 234 K.O.

5. Nach § 236 K.O. kann auch über das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft ein besonderer Konkurs eröffnet werden. Da man auch diese Vermögensmasse nicht, wie Kohler meint[1]), als juristische Person[2]) bezeichnen kann, so muß auf die Eigenart der Rechtsverhältnisse hier etwas näher eingegangen werden.

Bei dem vertragsmäßigen Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft des B.G.B. tritt beim Tode eines Ehegatten, sofern gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind, von Rechtswegen zwischen dem überlebenden Parens und den gesetzlich zur Beerbung des verstorbenen Ehegatten berufenen Abkömmlingen im Wege der Universalsuccession der Güterstand der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein. Das Gesamtgut dieser fortgesetzten Gütergemeinschaft besteht nach § 1485 B.G.B. aus dem Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft und aus dem Vermögen, welches der überlebende Parens aus dem Nachlaß des Verstorbenen oder nach dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft erwirbt. Dieses Gesamtgut ist Gemeinschaftseigentum des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge zur gesamten Hand. Allein wirtschaftlich wird es wie das Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft als Alleineigentum des überlebenden Parens angesehen.[3]) Dieser Grundzweck zeigt sich auch im Gebiete der Zwangsvollstreckung (§ 745 C.P.O.) und ist in der Konkursordnung dadurch zum Ausdruck gekommen, daß im Fall des Konkurses über das Vermögen des überlebenden Ehegatten das Gesamtgut zur Konkursmasse gehört (§ 2 K.O.). Da nun dieses Gesamtgut nach § 1488 B.G.B. für sämtliche Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten haftet, hätte ein selbständiger Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft nur die Eigentümlichkeit, daß er nicht das ganze Vermögen des überlebenden Ehegatten, sondern nur das Gesamtgut umfaßt. Ein solches Konkursverfahren ist daher auch nicht normiert worden.[4]) Vielmehr ist in § 236 K.O. ein Gesamtgutskonkurs geregelt, an welchem lediglich die Gläubiger teilnehmen, welche bereits bei Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft einen begründeten Vermögensanspruch an das Gesamtgut hatten. Diejenigen Gläubiger, die erst später Gesamtgutsgläubiger geworden sind, sind

[1]) a. a. O. S. 70, analog dem Nachlaß.

[2]) Begründung s. oben sub 4, analog dem Nachlaß.

[3]) Dernburg Bürgerl. Recht IV S. 217; vgl. auch § 1487 B.G.B.

[4]) Jäger K.O. § 2 Anm. 1 und Anm. 17.

von der Teilnahme an diesem Konkurs ausgeschlossen. Es sind also jene Gesamtgutsgläubiger, analog den Nachlaßgläubigern, bevorzugt; ihnen haftet das Gesamtgut, wie es zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestand, zuerst.

Auch hier kommt wiederum deutlich zum Ausdruck, daß die Konkursordnung nicht etwa mit Rücksicht auf das Prinzip der Gemeinschaft zur gesamten Hand einen selbständigen Konkurs über das Gesamtgut zugelassen hat.

6. Es ist nun symptomatisch, daß bei den soeben erörterten besonderen Konkursfällen — dem Konkurs der offenen Handelsgesellschaft (Kommanditgesellschaft), dem Nachlaßkonkurs und dem Gesamtgutskonkurs bei fortgesetzter Gütergemeinschaft — das Gesetz in gleicher Weise in der Richtung geht, daß eine Sondermasse einer Mehrheit von Gläubigern vor den übrigen Gläubigern, also einer Sonderklasse, haftet. Fragen wir nach dem Zweck und dem inneren Grund dieses Symptoms, so ist zu beachten, daß diese Sondervermögensmassen im wirtschaftlichen Leben durchweg eine Einheit, eine Gesamtheit bilden und aus ihnen vor allem diejenigen Gläubiger befriedigt werden sollen, welche mit Rücksicht auf den Vermögenswert des Sondervermögens dem Schuldner vornehmlich Kredit gewährt haben, die zu diesen Sondervermögen also in gewissen tatsächlichen besonderen Beziehungen stehen. Weil diese Gläubiger ihr Vertrauen in erster Linie auf die Leistungsfähigkeit des ihnen als einheitlicher Vermögenskomplex entgegentretenden Sondervermögens gesetzt haben, weil sie also merce magis quam ipsi (sc. servo)[1]) kreditierten, sollen sie davor geschützt werden, daß durch die Beteiligung der anderen Gläubiger die Sondermasse unbillig verwässert werde.[2]) Der Sondervermögensmasse steht also insofern notwendigerweise eine Sonderklasse von Gläubigern gegenüber. Bei Unzulänglichkeit des Sondervermögens macht sich unter diesen Sondergläubigern auch das Konkursbedürfnis geltend, weshalb in diesen Fällen der Begriff „Sonderkonkurs" gerechtfertigt erscheint.

Um nun die tatsächlichen Beziehungen der Sondergläubiger zur Sondervermögensmasse in rechtliche umzusetzen, ist, da das Sondervermögen diesen Gläubigern nicht etwa

---

[1]) Vgl. D 14, 4, 5, 15.

[2]) Hagenguth a. a. O. S. 13.

dinglich verfangen ist[1]), davon auszugehen, daß es sich in allen Fällen um besonders geartete Obligationen handelt, nämlich um Gesellschafts-, Nachlaß- und Gesamtguts-Verbindlichkeiten.[2]) Für solche Verbindlichkeiten haftet das Sondervermögen im Voraus, vor den übrigen Verbindlichkeiten. Unzutreffend ist es, wie Jäger[3]) früher ausgeführt hat, hier von einer ausschließlichen Haftung der unzulänglichen Sondermasse zu sprechen; denn dies würde gleichbedeutend damit sein, daß die Gläubiger jener besonders gearteten Obligationen sich nur an die Sondermasse halten dürften. Abgesehen aber davon, daß in den meisten Fällen diese Gläubiger sich auch an das Nichtsondervermögen halten dürfen (z. B. bei der offenen Handelsgesellschaft), würde eine ausschließliche Haftungsbeschränkung ja nur etwas Nachteiliges für diese Gläubiger bedeuten[4]); der Zweckgedanke ist aber, daß diese Gläubiger vor den anderen bevorzugt werden. Deshalb ist mit Kohler[5]) davon auszugehen, daß es sich um eine Voraushaftung des Sondervermögens zu Gunsten der Gläubiger jener besonders gearteten Obligationen handelt.[6])

Von einem Sonderkonkurs sprechen wir also dann, wenn in einem Konkursverfahren eine Sondermasse des schuldnerischen Vermögens einer Sonderklasse von Gläubigern zur gemeinschaftlichen Befriedigung dient.

II. Wenn wir nun noch den letzten im achten Titel behandelten besonderen Konkursfall zu untersuchen haben, nämlich den Konkurs über das im Inland befindliche Vermögen eines im Inland einen allgemeinen Gerichtsstand oder eine gewerbliche Niederlassung nicht besitzenden Schuldners (§ 238 K.O.), so ist zunächst vorauszuschicken, daß gerade dieser Konkurs von der Mehrzahl der Schriftsteller[7]) als Partikularkonkurs bezeichnet wird; manche sehen ihn sogar als den einzigen Fall des Sonder-

[1]) Hagenguth a. a O. S. 14/15.
[2]) Vgl. zum Folgenden eingehend Hagenguth a. a. O. S. 14 ff.
[3]) Vgl. oben.
[4]) Vgl. Hagenguth a. a. O. S. 25.
[5]) Vgl. oben.
[6]) Vgl. Hagenguth a. a. O. S. 27.
[7]) Vgl. Petersen-Kleinfeller, Hellmann (S. 620), Labes, Endemann, Seuffert, Sydow-Busch (§ 1 Anm. 1), Wilmowski und Schad (S. 25) a. a. O.

konkurses an, z. B. Wilmowski. Zur Begründung wird regelmäßig angeführt, das Konkursverfahren umfasse ja nur das im Inland befindliche Vermögen des Schuldners, also nur einen Vermögensteil. Allgemein wird aber anerkannt, daß nicht etwa nur inländische Gläubiger, sondern sämtliche, also auch die ausländischen Gläubiger am Konkursverfahren teilnehmen dürfen[1]); auch ist nicht etwa erforderlich, daß die angemeldeten Forderungen aus Geschäftsverbindungen mit der inländischen Niederlassung herrühren.[2]) Daß man hier trotzdem von einem Sonderkonkurs, eben lediglich mit Beschränkung auf Seiten der Aktivmasse sprechen könne, wird außerdem noch damit gerechtfertigt, daß ja auch in diesen Fällen nicht unbedeutende Abweichungen vom Regelkonkurs zu tage treten würden (z. B. hinsichtlich eines Zwangsvergleichs oder der Prozeßunterbrechung).[3])

Diese Gründe, insbesondere auch noch vielleicht der Umstand, daß in der geschichtlichen Entwicklung der Inlandskonkurs stets als Partikularkonkurs bezeichnet wurde, reichen m. E. aber nicht aus, anzunehmen, daß das Gesetz etwa von zwei Begriffen des Sonderkonkurses ausgehe. § 238 K.O. stellt vielmehr eine ganz singuläre Bestimmung dar, die nicht in dem Schutze einer bestimmten Mehrheit von Gläubigern ihren Grund hat, in dem Sinn, daß nur sie am Verfahren teilnehmen dürfen[4]), sondern deren ratio sich auf verschiedene Umstände zurückführen läßt. Es sollte einmal die Abführung des inländischen Vermögens ans Ausland verhindert werden, um eventuelle Konflikte, die infolge der Wirkungslosigkeit der inländischen Exekutionsgewalt entstehen könnten, fernzuhalten[5]). Alsdann sollte auch ermöglicht werden, daß bei eventueller Konkurrenz mehrerer Gläubiger das Prinzip der Schadensverteilung durchgeführt werden könnte, selbst wenn der Schuldner nirgends einen allgemeinen Gerichtsstand hatte; — denn daß der Schuldner einen solchen in einem ausländischen Staat haben müßte, ist nicht Voraussetzung für § 238 K.O. So kann es ja z. B. auch möglich sein, daß dieses Inlandsvermögen das gesamte Vermögen des Schuldners darstellt.

---

[1]) So Hellmann, Endemann, Seuffert und Labes, insbesondere R.G. Bd. 21 S. 21; ferner Jäger a. a. O.

[2]) Vgl. R.G. in J.W. 1887 S. 475.

[3]) Labes a. a. O. S. 122.

[4]) Wie es ja bei den anderen besonderen Konkursen der Fall war.

[5]) Vgl. Jäger Voraussetzungen § 2.

Jedenfalls haben bloß reine äußere Zweckmäßigkeitserwägungen zur Aufstellung des § 238 geführt. Auch findet sich sonst nirgends im Gesetz eine Bestimmung darüber, daß gerade das Inlandsvermögen in seiner Gesamtheit besonderen Normen unterworfen wäre, während dies speziell beim Gesellschaftsvermögen, beim Nachlaß und beim Gesamtgut der Fall ist. Dazu kommt noch, daß in § 238 Abs. 3 K.O. für den Inlandskonkurs eine Sonderbestimmung insofern getroffen wurde, als ein besonderer Nachweis der Zahlungsunfähigkeit nicht erforderlich ist, wenn schon im Ausland ein Konkursverfahren anhängig ist. Eine entsprechende Bestimmung besteht für die anderen besonderen Konkursarten nicht.

Regel wird nun freilich sein, daß dieser Inlandskonkurs nur einen Teil des schuldnerischen Vermögens umfaßt. Dieser Teil ist aber kein in sich abgeschlossener Vermögenskomplex, der etwa durch sonstige rechtliche Beziehungen zusammen gehalten würde; auch haftet er nicht etwa nur einer bestimmten Anzahl von Gläubigern. Vielmehr ist es reiner Zufall, welche Vermögensgegenstände überhaupt zur Masse zu ziehen sind. Denn der Inlandskonkurs umfaßt natürlich das gesamte inländische Vermögen, nicht bloß das Vermögen der gewerblichen Niederlassung oder des Wirtschaftsgutes. Tatsache ist also nur, daß in der Regel ein „Weniger" als das gesamte Vermögen die Konkursmasse bildet. Dies ist aber auch der Fall, wenn der Schuldner, welcher seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, hier in Konkurs gerät und sein im Ausland befindliches Vermögen aus irgend einem Grunde nicht zur inländischen Konkursmasse gezogen werden kann; hier liegt aber anerkanntermaßen kein Sonderkonkurs vor. Freilich wird man demgegenüber einwenden[1]), daß ja hier das ausländische Vermögen zur Sollmasse gehört und daß allein die Istmasse von dem Abmangel getroffen wird. Ich gebe zu, daß diesem Einwand eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen ist und daß es nicht ganz unbedenklich ist, den Inlandskonkurs als Universalkonkurs zu bezeichnen. Allein es hieße den singulären Charakter des § 238 völlig verkennen, wollte man aus ihm einen allgemeinen Gedanken, einen allgemeinen Begriff von Sonderkonkurs ableiten. Dann müßte ja eigentlich auch der Konkurs über das Vermögen einer Ehefrau, welche im Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft lebt, diesem allgemeinen Grundgedanken unterstellt werden; denn da

[1]) Gegen Jäger Voraussetzungen S. 2.

das Gesamtgut nicht in ihre Konkursmasse fällt ebensowenig wie etwa ihr Anteil an demselben (§ 2 K.O.), bildet in diesem Fall auch nur ein Vermögensteil die Masse. Nun ist dieser Fall aber vom Gesetz nicht als besonderer behandelt und anerkanntermaßen liegt hier kein Sonderkonkurs vor.

III. Vergleichen wir also den Fall des § 238 mit den in §§ 209, 214. und 236 zugelassenen besonderen Konkursverfahren, so muß es doch sofort auffallen, daß das Gesetz in diesen drei Fällen in gleicher Weise in der Richtung geht, daß eine Sondermasse einer Mehrheit von Gläubigern *vor* den übrigen Gläubigern haftet. Wenn das Gesetz bei drei Arten eines besonderen Konkursverfahrens die speziellen Beziehungen der betreffenden Gläubiger zu der Sondermasse zu Grunde legt, eine vierte Art endlich einen so singulären Charakter trägt, daß unmöglich angenommen werden kann, daß hier ein *allgemeiner Gedanke* zu Grunde liegt, so glaube ich, daß aus diesen drei Fällen allein das Wesen des Sonderkonkurses abzuleiten ist, wie oben schon, vgl. II, ausgeführt wurde. — Trägt man Bedenken, den Inlandskonkurs als Universalkonkurs zu bezeichnen, so kann man ihn wohl am besten einen Konkurs mit beschränkter Masse nennen[1]), der an sich deshalb auch seine Besonderheiten haben mag, der aber nicht die Grundlage für einen allgemeinen Begriff des Sonderkonkurses bilden kann.

Zu demselben Ergebnis gelangen auch Jäger und Kohler, letzterer freilich nur in Beziehung auf die begriffliche Bestimmung, während die Zuteilung der Fälle bei ihm eine ganz andere als bei Jäger ist. Doch trage ich Bedenken, die rein deduktive Methode dieser beiden Schriftsteller anzuwenden. Denn auf Grund derselben ist Jäger ursprünglich zu einem viel engeren und strengeren Begriff gelangt, indem er eine ausschließliche Haftung des Sondervermögens voraussetzte, eine lediglich Voraushaftung, welche der damals vorliegende Entwurf eines Handelsgesetzbuchs festsetzte, aber als gänzlich unzureichend bezeichnete[2]). Nachdem jedoch der Entwurf des Handelsgesetzbuches Gesetz geworden war, mußte auch Jäger, um die Statthaftigkeit eines selbständigen Gesellschaftskonkurses zu rechtfertigen, seinen Sonderkonkursbegriff abschwächen. — Daß auch die Methode Kohlers nicht befolgt werden kann, ergibt sich wohl daraus, daß nicht recht ersichtlich ist,

[1]) Oetker Konkursrechtliche Grundbegriffe S. 66.

[2]) Jäger Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 39.

aus was eigentlich deduziert werden soll. Auch müßte bei deduktiver Methode der Begriff ein für alle Zeiten feststehender sein, so daß die jeweilige Gesetzgebung nicht zu berücksichtigen wäre; angesichts des § 1 Abs. 2 der preußischen Konkursordnung ist dies aber nicht zutreffend; denn sie sieht die Eigenart eines Partikularkonkurses nur in der Beschränkung der Aktivmasse.

Auch kann der Ansicht von Labes, es handle sich hier um eine im Gesetz aufgenommene allgemeine Kategorie, nicht beigetreten werden. Denn in den vier Fällen, in denen Labes neben dem Inlandskonkurs eine Sonderung lediglich auf Seiten der Aktivmasse, nicht aber auf Seiten der Passivmasse annimmt, stellt er auf ein rein tatsächliches Moment ab, nämlich auf den tatsächlich wahrscheinlichen Bestand der Istmasse, anstatt auf den rechtlich möglichen der Sollmasse.

So geht er bei dem Privatkonkurs eines persönlich haftenden Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft davon aus, daß bei gleichzeitigem Gesellschaftskonkurs eine Sonderung auf Seiten der Aktivmasse stattfindet. Dies ist jedoch nicht richtig[1]). Denn ein Unterschied gegenüber dem Fall, in welchem lediglich ein Privatkonkurs ohne gleichzeitigen Gesellschaftskonkurs vorliegt und den Labes offenbar für einen Universalkonkurs hält, kann m. E. insofern nicht festgestellt werden, als auch im Privatkonkurs bei gleichzeitigem Gesellschaftskonkurs die Masse durch das gesamte Vermögen des Gesellschafters gebildet wird. Auch wenn ein Gesellschaftskonkurs gleichzeitig nicht vorliegt, gehört ja bei Eröffnung des Privatkonkurses zunächst nur ein Anspruch auf Ausfolgung des bei der Auflösung der Gesellschaft sich ergebenden Anteils des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zur Masse. Dieser Anteil ist insofern in Wirklichkeit vorhanden als in diesem Fall in der Regel nach Bezahlung der Gesellschaftsschulden für die Gesellschafter etwas übrig bleibt. Der Anspruch auf Auszahlung des sich etwa ergebenden Anteils bleibt auch dann bestehen, wenn gleichzeitig Gesellschaftskonkurs ausgebrochen ist. Freilich ist hier in der Regel nichts mehr vorhanden, was an die Privatkonkursmasse abgeführt werden könnte. Der Anspruch hat keinen materiellen Wert, aber er besteht. Denn sollten im Gesellschaftskonkurs die Gläubiger volle Befriedigung erhalten, was gelegentlich vorkommen kann, und sollte alsdann noch eine Restmasse vorhanden sein, so würde der

[1]) Vgl. zum Folgenden auch Hagenguth a. a. O. S. 33 ff.

dem verganteten Gesellschafter gebührende Anteil an die Privatkonkursmasse ausgefolgt werden müssen.[1]) Es umfaßt demnach der Privatkonkurs stets das gesamte Vermögen des Gesellschafters[2]). — Dasselbe ist der Fall beim Erbenkonkurs und gleichzeitigem Nachlaßkonkurs, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Der Erbenkonkurs ist nach Labes ein Sonderkonkurs mit Sonderung nur auf Seiten der Aktivmasse, weil nur ein Teil des Vermögens des Erben, nämlich das Nichtsondervermögen, die Konkursmasse bilde; teilnahmeberechtigt sind aber hier alle Gläubiger. Nun ist aber hier wiederum davon auszugehen, daß, wenn über das Vermögen des Erben (ohne Nachlaßkonkurs) Konkurs eröffnet wird, das Sondervermögen, der Nachlaß, auch zur Konkursmasse gehört. Wird Nachlaßkonkurs nunmehr auch eröffnet, so ist die Zugehörigkeit des Nachlasses zur Konkursmasse im Erbenkonkurs nicht untergegangen, sondern in zweite Linie gerückt, d. h. bis zur Befriedigung der Sondergläubiger. Wird der Sonderkonkurs aufgehoben oder verbleibt nach Befriedigung der Sondergläubiger ein Ueberschuß, so ist die Sondermasse, bezw. der Ueberschuß, zur Konkursmasse des Erbenkonkurses zu ziehen. Dieser umfaßt also das gesamte Vermögen des Erben (ebenso Hagenguth a. a. O. S. 34/35). — Ebenso verhält es sich beim Zweitkonkurs[3]), den Labes fernerhin in diese Gruppe einreiht; denn es besteht hier ein Anspruch gegen die Erstkonkursmasse auf Ausfolgung der etwa übrig bleibenden Restmasse; nach § 1 K.O. gehört ja alles zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens dem Schuldner gehörige Vermögen zur Konkursmasse. — Was endlich den neben dem Konkurs über ein Lehen oder Fideikommißgut hergehenden Konkurs über das sonstige Vermögen des Besitzers (Allod) anbelangt, so kommt in Betracht, daß bei einem Konkurs über das Vermögen des Besitzers (ohne gleichzeitigen Fideikommißkonkurs) das Fideikommißgut oder das Lehen nicht auch zur Konkursmasse im Konkurs über das Allod gehört; denn das Lehen und Fideikommißgut ist unveräußerlich und deshalb unpfändbar. Für die Konkursmasse im Allodkonkurs trifft also § 1 K.O. zu; das gesamte pfändbare Vermögen bildet die Masse. Die Rechtslage ist aber keine andere, wenn gleichzeitig auch

---

[1]) Jäger K.O. § 51 Anm. 3.

[2]) Labes a. a. O.

[3]) Ohne hier die Frage zu entscheiden, ob am Zweitkonkurs auch die Gläubiger des Erstkonkurses sich beteiligen können, vgl. darüber eingehend unten § 21 VII.

über das Lehen und Fideikommißgut Konkurs eröffnet wird zu Gunsten der besonderen Fideikommiß- und Lehensgläubiger (s. darüber unten § 21 XII).

Zwischen diesen vier Fällen und dem Inlandskonkurs besteht der Unterschied, daß die Sollmasse des Inlandskonkurses auf das im Inland befindliche Vermögen beschränkt wird, während in den anderen Fällen der wahrscheinliche Bestand der Istmasse maßgebend für die Annahme eines Vermögensteils bleibt. Wenn sie aber so verschiedentlich sind, so spricht dies gegen eine einheitliche Kategorie. Auch ist eine Abgrenzung unter Zugrundelegung der Istmasse, wie sie Labes versucht hat, zu sehr von den wechselnden Tatsachen abhängig, als daß sie die Annahme einer besonderen Kategorie rechtfertigen würde.

Der Inlandskonkurs stellt sich daher als einzigartiger Fall dar, so daß man notwendigerweise zur Ablehnung der Ansicht von Labes gelangen muß. Die Konkursordnung kennt vielmehr nur den einen Begriff des Sonderkonkurses, welcher, wie wir sehen werden, seine praktisch bedeutsamen Eigentümlichkeiten hat.

Es sind nun also folgende Gruppen von Konkursen zu unterscheiden:

A. Universalkonkurse:
   a) Konkurs einer physischen Person;
   b) „ „ juristischen Person;
   c) „ „ Aktiengesellschaft;
   d) „ „ Gesellschaft mit beschränkter Haftung;
   e) „ „ Genossenschaft;
   f) „ „ Aktienkommanditgesellschaft;
   g) „ eines Vereins ohne Rechtsfähigkeit.[1])

B. Universalkonkurs mit beschränkter Masse:
   Inlandskonkurs § 238 K.O.

C. Sonderkonkurse:
   a) Konkurs der offenen Handelsgesellschaft;
   b) „ „ Kommanditgesellschaft;
   c) Nachlaßkonkurs;
   d) Gesamtgutskonkurs.

In den Fällen des Sonderkonkurses könnte noch insofern eine Differenzierung getroffen werden, als ja nicht in jedem

[1]) Vgl. darüber unten § 21.

Fall die Gläubiger des Sonderkonkurses sich auch noch aus den Massen außerhalb der Sondermasse befriedigen können. Dies hat aber nur insoweit einen Einfluß, als sich gewisse Konsequenzen modifizieren würden (darüber s. u.).

IV. Verhältnis zum Absonderungsrecht.

1. Die geschichtliche Entwicklung und der Umstand, daß beim Sonderkonkurs die Voraushaftung eines Teils des schuldnerischen Vermögens in Frage steht, legt den Gedanken nahe, das Verhältnis des „Sonderkonkurses" zum Absonderungsrecht zu untersuchen. Dabei ist in kurzem einiges Geschichtliche zu erwähnen.[1])

Im römischen Recht hatten ein Absonderungsrecht nur die Separatisten ex iure crediti, zu denen Reinhardt[2]) die Erbschaftsgläubiger und die Gläubiger eines Haussohnes, der soldatisches Sondergut erworben hatte, rechnete; die Pfandgläubiger wurden nicht als Absonderungsberechtigte behandelt. — Schon im gemeinen Recht wurde der Kreis der Separatisten wesentlich erweitert; insbesondere wurde auch jetzt demjenigen ein Absonderungsrecht zugesprochen, der auf einer vom Gemeinschuldner erworbenen Sache ein vor dieser Erwerbung bereits bestandenes richterliches oder anderes Pfandrecht hatte, da dasselbe bis zu erfolgter gänzlicher Befriedigung des Pfandgläubigers fortdauert.[3]) Ob den Gesellschaftsgläubigern oder den Gläubigern einer kaufmännischen Niederlassung an dem betreffenden Vermögen ein Absonderungsrecht zustehe, war bestritten. In gewissen Fällen ließ nun die Praxis hier einen Partikularkonkurs zu, ohne freilich für die Statthaftigkeit gewisse begriffliche Voraussetzungen zu verlangen. Der Partikularkonkurs war hier vielmehr lediglich die Folge des bereits vorhandenen Absonderungsrechts und es war eine Zweckmäßigkeitsfrage, in gewissen Fällen ein besonderes Konkursverfahren eintreten zu lassen.

Von ähnlichen Erwägungen ging auch die preußische Konkursordnung aus. Denn in den meisten und wichtigsten Fällen, in denen dieses Gesetz einen Partikularkonkurs zuläßt, gewährt es auch den an diesem Verfahren teilnahmeberechtigten Gläubigern ein Recht auf abgesonderte Befriedigung. So waren nach § 35 die Gläubiger einer unter ge-

[1]) Vgl. zum Folgenden Hagenguth a. a. O. S. 2 ff.

[2]) Lehre vom Gant und Gantverfahren S. 66 ff.

[3]) Reinhardt a. a. O. S. 125.

meinschaftlicher Firma bestehenden Handelsgesellschaft berechtigt, aus dem Gesellschaftsvermögen ihre abgesonderte Befriedigung zu suchen, während nach § 286 über die Gesellschaft auch ein besonderer Konkurs eröffnet werden konnte; ebenso waren die Erbschaftsgläubiger gemäß §§ 37 und 256 berechtigt, abgesonderte Befriedigung aus dem vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung übernommenen Erbschaft zu verlangen; gleichzeitig konnte aber auch nach §§ 114 Ziff. 2 und 319 über einen Nachlaß ein besonderer Konkurs eröffnet werden; gerade aus § 114 Ziff. 2 ergibt sich, daß ein Nachlaßkonkurs auch dann eröffnet werden konnte, wenn der Erbe die Erbschaft ohne die Rechtswohltat des Inventars angetreten hatte, während gleichzeitig aus § 37 sich für diesen Fall auch ein Absonderungsrecht ergibt.

Die Reichskonkursordnung hat diese Doppelmöglichkeit von Anfang an nicht aufgenommen. Sie hat im früheren § 3 und jetzigen § 4 die Zulässigkeit einer abgesonderten Befriedigung nur in den von der Konkursordnung aufgeführten Fällen anerkannt (§§ 47—52), gleichzeitig aber die Möglichkeit von Sonderkonkursen in diesen Fällen wenigstens durch die ausdrückliche Nichterwähnung verneint. Freilich war im früheren § 43 K.O. ein besonderes Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger aus den zum Nachlaß gehörigen Gegenständen statuiert. Dabei ist aber wohl zu beachten, daß der Nachlaßkonkurs nicht wie heute ohne Einschränkung zugelassen war. Vielmehr mußte es von Fall zu Fall geprüft werden, ob ein Nachlaßkonkurs unter den gegebenen Verhältnissen stattfinden konnte. Insbesondere war es streitig, ob über die mit der Rechtswohltat der Güterabsonderung angetretene Erbschaft ein Nachlaßkonkurs möglich sei.[1]) Unter solchen Umständen war es durchaus verständlich, daß das Gesetz daneben noch ein besonderes Absonderungsrecht für die Erbschaftsgläubiger normiert hatte. Dagegen war für die Gesellschaftsgläubiger ein Absonderungsrecht gesetzlich nicht festgelegt. Sie konnten die alleinige Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nur durch den Gesellschaftskonkurs erzwingen.

Dieser Rechtszustand ist nun durch die Novelle von 1898 weiter entwickelt worden, insofern, als den Erbschaftsgläubigern ein Absonderungsrecht an den zur Erbschaft gehöri-

[1]) Jäger Voraussetzungen des Nachlaßkonkurses § 7.

gen Gegenständen nicht mehr eingeräumt worden war; auch sie können also die alleinige Befriedigung aus der Erbschaft nur durch einen Nachlaßkonkurs herbeiführen.

2. Schon die Tatsache dieser Aenderung und insbesondere der Unterschied der heutigen Konkursordnung gegenüber der preußischen Konkursordnung ist ein untrügliches Zeichen dafür, daß die Fälle des Sonderkonkurses zu den Absonderungsrechten nicht zu zählen sind, jedenfalls nicht zu den Absonderungsrechten im Sinne der §§ 47 ff.

Gewisse Schriftsteller haben nun aber den Begriff des Absonderungsrechts ausgedehnt. So hat insbesondere Wolff[1]) den Begriff der allgemeinen Absonderungsrechte im Gegensatz zu den speziellen aufgestellt und versteht unter den ersteren namentlich die Rechte der Nachlaßgläubiger und der Gemeinschaftsgläubiger. Nun kann heute natürlich ein Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger nach Streichung des früheren § 43 nicht mehr zu Grunde gelegt werden. Aber auch den Gemeinschaftsgläubigern steht nicht, wie Wolff aus § 16 K.O. allgemein abzuleiten sucht, ein Absonderungsrecht zu. Durch die außerkonkursmäßige Auseinandersetzung der Gemeinschaft wird ja den Gemeinschaftsgläubigern nicht ein Recht auf Vorausbefriedigung aus der Gemeinschaftsmasse gewährt; wohl besteht die Möglichkeit einer solchen Vorwegbefriedigung, da eine gegenseitige Verpflichtung der Gemeinschafter besteht, vor der Teilung die Gemeinschaftsverbindlichkeiten zu berichtigen (§ 733 B.G.B.). Deswegen kann man aber von einem Absonderungsrecht der Gemeinschaftsgläubiger nicht sprechen.—Ferner hat Kohler[2]) gerade die Fälle des Sonderkonkurses als eigentliche Absonderungsrechte bezeichnet. Er kennt zwei Arten von eigentlichen Absonderungsrechten; die einen beruhen auf dinglichen Wertrechten (Pfandrechte usw.), die anderen auf obligationsrechtlichen Haftungsverhältnissen; eben die letzteren Fälle sind nach seiner Ansicht solche, in denen eine Vermögensmasse für einen Sonderkonkurs ausgeschieden wird und somit den Gegenstand eines eigenen Befriedigungsverfahrens bildet. Die Aufstellung einer solchen Kategorie von Absonderungsrechten erscheint mir aber im Hinblick auf § 4 K.O. im höchsten Grade bedenklich. Das Gesetz hat in dieser Bestimmung unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß die Absonderungs-

[1]) Das Absonderungsrecht im Konkurse (1892) S. 22.

[2]) Leitfaden S. 105.

rechte in der Konkursordnung selbst erschöpfend aufgezählt sind[1]) und daß sie nur diese als Absonderungsrechte im technischen Sinne gelten lassen will. — Wenn Kohler trotzdem in den Fällen des Sonderkonkurses von Absonderungsrechten spricht, so ist wohl der eine dadurch zum Ausdruck gekommene Gedanke zutreffend, daß nämlich zwischen den beiden in Frage stehenden Gebilden begrifflich eine Aehnlichkeit besteht. Doch darf für beide nicht der Ausdruck Absonderungsrecht verwendet werden. Denn der Begriff des Absonderungsrechts ist gesetzlich festgelegt und bezeichnet das Recht eines einzelnen Gläubigers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös bestimmter Gegenstände. Für den Begriff des Absonderungsrechts ist es unerheblich, ob der Berechtigte persönlicher Gläubiger des von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten ist oder ob ihm für seine Forderung gegen einen Dritten ein Vermögensstück des Gemeinschuldners haftet. Das Hauptunterscheidungsmerkmal liegt m. E. beim Sonderkonkurs in der Rücksichtnahme auf einen concursus creditorum. Während beim Absonderungsrecht das Präventionsprinzip entscheidet und jeder Gläubiger daher weiß, an welcher Stelle seine Forderung zur Befriedigung gelangt — man denke z. B. an ein verhypothekiertes Grundstück —, bestehen solche abgestuften Rechte für die Sondergläubiger eines Sonderkonkurses als solche nicht. Wohl können sie sich aus dem Sondervermögen vorzugsweise befriedigen; wesentlich ist aber der Umstand, daß sie, wenn auch mit Rücksicht auf das Sondervermögen, dem Schuldner doch nur persönlichen Kredit gewährt hatten und daß deshalb bei Unzulänglichkeit des Sondervermögens sich ein Konkursbedürfnis geltend macht. Ganz anders beim Absonderungsrecht; hier hat jeder Gläubiger besonders abgestufte und abgeteilte Rechte; ein Konkursbedürfnis kann daher gar nicht in Frage kommen, weshalb die Befriedigung auch außerhalb des Konkurses erfolgt. — Auch mag noch bemerkt werden, daß es sich beim Sonderkonkurs um die Befriedigung einer Gläubigermehrheit in der Regel aus einem Vermögenskomplex handelt, der kraft gesetzlicher Anordnung ein selbständiges Sondervermögen darstellt.[2]) Der Sonderkonkurs steht da-

[1]) Dem steht nicht entgegen, daß spätere Reichsgesetze noch besondere Absonderungsrechte normieren können; vgl. Jäger K.O. § 4 Anm. 2.

[2]) Ob dadurch gegenüber dem Absonderungsrecht ein genereller oder nur ein gradueller Unterschied zum Ausdruck gebracht wird, kann zweifelhaft sein.

her, wie Labes mit Recht hervorhebt, in der Mitte zwischen Universalkonkurs und Absonderungsrecht. Mit jenem hat er gemein, daß es sich beidemal um ein vollständig selbständiges Konkursverfahren handelt und daß die partizipierenden Gläubiger nur persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind; die Aehnlichkeit mit dem Absonderungsrecht liegt hingegen darin, daß nur ein bestimmter Gegenstand, bezw. ein Komplex, bestimmte Gegenstände aus dem gemeinschuldnerischen Vermögen, zur vorzugsweisen Befriedigung der betreffenden Gläubiger verwendet wird.

3. Nicht unerwähnt kann bleiben, daß es noch eine besondere Art von Konkursen gibt, nämlich diejenigen, in denen es trotz Haftung bestimmter Vermögensteile zu einem besonderen Konkursverfahren doch nicht kommt, wo vielmehr zwei Sondermassen gebildet werden müssen, aus denen dann die betreffenden Gläubiger gesondert zu befriedigen sind. Freilich handelt es sich hier eben auch um die vorzugsweise Befriedigung bestimmter Gläubiger aus Teilen der Konkursmasse. Begrifflich zeigt sich also mindestens eine sehr nahe Verwandtschaft mit den Fällen des Sonderkonkurses und denen des Absonderungsrechts. Es wird aber doch zunächst die Frage zu prüfen sein, ob die Bildung solcher Sondermassen in einem einheitlichen Verfahren überhaupt zulässig ist. Im Hinblick auf die Zerstörung der Einheit der Masse wurde die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens verneint.[1]) Es ist aber doch sicher, daß die Einheit nach außen hin keine Beeinträchtigung erleidet. Dann muß aber vor allem das Interesse derjenigen Personen in Betracht gezogen werden, zu deren Schutz die betreffende Vorwegbefriedigung vom Gesetze normiert wurde. Es muß doch dafür Sorge getragen werden, daß die verschiedenen Haftungsmaßstäbe, die schon außerhalb des Konkurses bestehen, auch im Konkurs berücksichtigt werden; denn sonst wäre ja gerade für den wichtigsten Fall, in welchem sich diese verschiedene Haftung von ihrer praktischen Seite zeigen würde, die gesetzliche Sanktionierung der besonderen Haftung illusorisch.

Warum aber dann nicht vollends einen Sonderkonkurs eröffnen? Wohl steht auch hier die Vorwegbefriedigung bestimmter Gläubiger aus Teilen des gemeinschuldnerischen Vermögens in Frage. Es fehlt aber die weitere Voraus-

[1]) So allerdings zweifelnd Jäger K.O. § 128 Anm. 5; dagegen aber Quaatz Kohlers Archiv Band 24 Seite 45.

setzung des Sonderkonkurses, daß dieser Vermögensteil ein selbständiges Vermögensganzes, ein in sich abgeschlossenes Sondervermögen ist, das vom Gesetz selbst als solches anerkannt ist. In allen hierher gehörigen Fällen hat sich eben der betreffende Vermögensteil zu einem Sondervermögen noch nicht entwickelt.[1]) Es bleibt daher nur übrig, die Bildung gesonderter Massen vorzunehmen, um die materielle Haftung, die übrigens auch dadurch zum Ausdruck kommen kann, daß erst für den Fall des Konkurses diese Vorrechte eingeräumt werden, zu verwirklichen. Andererseits können sie aber auch nicht als Absonderungsrechte bezeichnet werden, da § 4 K.O. entgegensteht und die grundsätzliche Eigentümlichkeit des Absonderungsrechts, daß nämlich die Befriedigung außerhalb des Konkurses zu erfolgen habe, hier nicht Platz greift.[2])

Die hierher gehörigen Fälle sind in kurzem folgende:

1. Der Konkurs einer Hypothekenbank, in welchem nach § 35 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899 die Forderungen der Pfandbriefgläubiger in Ansehung der Befriedigung aus den in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken und Wertpapieren allen anderen Konkursgläubigern vorgehen.

2. Der Konkurs einer Lebensversicherungsgesellschaft, in welchem nach § 61 Abs. 2 und 3 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 die Forderungen der Versicherten auf denjenigen Betrag, der als rechnungsmäßige Prämienreserve zur Zeit der Konkurseröffnung auf sie entfällt, in Ansehung der Befriedigung aus den in das Register der Bestände des Prämienreservefonds eingetragenen Gegenständen den Forderungen aller übrigen Konkursgläubiger insoweit vorgehen, als für sie die Zuführung zu diesem Fonds vorgeschrieben ist.

3. Der Konkurs der Ehefrau bei Bestehen des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung, wenn Vollgläubiger und Vorbehaltsgutsgläubiger vorhanden sind.[4])

[1]) Unrichtig daher Stern, Schuldverschreibungsgläubiger S. 43, der die Eröffnung eines Sonderkonkurses in diesen Fällen deshalb leugnet, weil eine genügende Veranlassung fehle, die Deckungsmasse zur Konkursmasse zu gestalten.

[2]) Vgl. dazu Stern a. a. O. S. 37 ff.; Jäger K.O. § 61 Anm. 2

[3]) Vgl. Labes a. a. O. S. 128 ff.

[4]) Vgl. unten § 21.

4. Der Konkurs des Vorerben im Fall des § 128 K.O. und § 2115 Satz 2 B.G.B.

5. Der Nachlaßkonkurs im Fall des § 228 Abs. 1 K.O. und der Nachlaßkonkurs im Fall des § 228 Abs. 2 K.O.

6. Der Erbenkonkurs im Fall des § 2338 B.G.B. vergl. mit § 863 C.P.O.

7. Der Konkurs einer Innung im Fall des § 85 Abs. 2 Gewerbe-Ordnung.[1])

Auch diese Fälle haben ihre Eigentümlichkeiten, deren Darstellung im Einzelnen freilich über den Rahmen der Erörterung hinausgeht. Das Eine wird aber auch entsprechend dem aus §§ 212 und 234 K.O. zu entnehmenden Prinzip anzunehmen sein, daß diejenigen Gläubiger, welche aus beiden Massen Befriedigung suchen können, aus derjenigen Masse, hinsichtlich deren sie die Konkurrenz noch anderer Gläubiger zu dulden haben, nur in Höhe ihres bezüglich der anderen Masse erlittenen Ausfalls Befriedigung suchen dürfen.[2])

B. Die rechtliche Behandlung des Sonderkonkurses, und zwar in den gewöhnlichen Fällen.

(Konkurs der offenen Handelsgesellschaft und Nachlaßkonkurs.)

I.

Der Gemeinschuldner im Sonderkonkurs.

§ 4. Wer ist Gemeinschuldner im Sonderkonkurs?

I. Unter den bedeutsamen und schwierigen Fragen des Sonderkonkursrechts nimmt diejenige nach der Person des Gemeinschuldners die erste Stelle ein. Freilich ist sie in dieser allgemeinen Fassung noch von keiner Seite aufgeworfen worden; vielmehr hat sich die konkursrechtliche Literatur darauf beschränkt, die Frage für den einen oder anderen Fall, z. B. Gesellschafts- oder Nachlaß-

[1]) Jäger nimmt hier ein Absonderungsrecht an; K.O. § 4 Anm. 2. Hellmann a. a. O. S. 176.

[2]) Ueber weitere Fälle s. unten § 21 (am Ende).

konkurs zu beantworten. Mit Rücksicht hierauf kann man etwa folgende Meinungen unterscheiden:[1])

1. Teils betrachtet man das Sondervermögen selbst als Gemeinschuldner[2]), z. B. den Nachlaß, sogar bei Vorhandensein mehrerer Erben, die ja dann nach bürgerlichem Recht eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bilden, oder das Gesamtgut. Denn das Gesetz wolle ja z. B. gerade den Nachlaß im Interesse des Erben und der Nachlaßgläubiger als Rechtssubjekt behandeln. Der Nachlaß bilde eben als selbständiges Vermögen die dingliche Grundlage des Sonderkonkurses.

2. Teils wird eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, sofern es sich im speziellen Fall überhaupt um eine solche handelt, zum Gemeinschuldner erklärt.[3]) Zur Begründung wird hier in der Regel angeführt, daß solche Gemeinschaften ohne juristische Persönlichkeit wie Rechtssubjekte eigenes Vermögen haben und mit Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen verfolgt werden können; im Konkurs könne unmöglich davon abgewichen werden, sie wie Rechtssubjekte zu behandeln.

Die Ansichten zu Ziffer 1 und 2 sind keineswegs identisch, wie es vielleicht auf den ersten Blick scheinen könnte; im ersten Fall wird lediglich eine Vermögensmasse, im zweiten Fall aber eine gesamthänderisch gebundene Personenmehrheit als Gemeinschuldner angesehen; vgl. z. B. Wolff K.O. zu §§ 209 und 214, der zwar Anhänger der zweiten Gruppe ist, nicht aber den Standpunkt der ersten Gruppe teilt.

3. Eine weitere Meinung bezeichnet den bezw. die Inhaber des Sondervermögens als die Gemeinschuldner. Diese Ansicht ist in ihrer ganzen Tragweite

[1]) Auszuscheiden haben natürlich hier die Meinungen, welche jene Gemeinschaften, wie auch den Nachlaß und das Gesamtgut als juristische Person auffassen (Kohler); hier ist diese die Gemeinschuldnerin.

[2]) Z. B. Schad a. a. O. S. 63 und 70,71; Oetker konk.-rechtl. Grundbegriffe I S. 71 und Buchka-Lehmann S. 165; v. Völderndorff K.O § 205; Endemann B.G.B. III S. 441. Schad scheint hier nicht konsequent zu sein; er bezeichnet den Nachlaß bei Vorhandensein mehrerer Erben als Gemeinschaft zur gesamten Hand; bei einer solchen ist aber nach seiner Ansicht die Gemeinschaft selbst Gemeinschuldnerin (a. a. O. 46).

[3]) So Oetker Grundbegriffe I S. 71 Nr. 2: Die societas, nicht die socii der offenen Handelsgesellschaft sind der Kridar; Schad a. a. O. S. 46; Wolff K.O. § 209 Anm. 2; Cosack Lehrb. des H.R. S. 560; O.L.G. Kiel R.O.L.G. Bd. 21 S. 181.

allein von Eich[1]) vertreten, der auch die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft als Gemeinschuldner bezeichnet. Die meisten[2]) haben jedoch hier eine Abschwächung eintreten lassen, indem sie nur die persönlich haftenden Gesellschafter zu Gemeinschuldnern erklärten. Es ist dies eine Einschränkung gegenüber dem Grundsatz, daß das Subjekt der Schulden- und Teilungsmasse der Gantschuldner sei. Ebenso betrachtet die herrschende Meinung auch die gemeinschaftlichen Abkömmlinge bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Fall des Gesamtgutskonkurses des § 236 K.O. nicht als Gemeinschuldner, sondern lediglich den überlebenden Ehegatten; rechtlich sind ja auch sie in diesem Konkurs mitvergantet. — Hinsichtlich des Nachlaßkonkurses sind von Vertretern dieser Ansicht teilweise noch besondere Meinungen aufgestellt. So ist nach Wilke und Reichsgericht (Ziv. Bd. 25 S. 39) der Erblasser der Gemeinschuldner und nicht der Erbe, wie die herrschende Meinung, insbesondere Josephson[3]), behauptet. Jäger und Fitting bezeichnen ferner für die Zeit vor dem Erbfall den Erblasser, für die Zeit nach dem Erbfall den Erben als Gemeinschuldner, legen also eine Zweiteilung des Gemeinschuldners zu Grunde.[4])

4. Eine weitere Gruppe von Meinungen endlich, welche — wie 3 — auch davon ausgehen, daß nur ein Rechtssubjekt Gemeinschuldner sein könne, bezeichnet teils nur die vertretenden Gesellschafter[5]), teils nur die geschäftsführenden[6]), teils nur die Liquidatoren[7]) als Gemeinschuldner.

5. Einen Sonderkonkurs ohne Gemeinschuldner läßt in einem Fall Schröder[8]) zu, nämlich dann, wenn der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens stirbt; für den Rest des Konkursverfahrens wäre dann ein Gemeinschuldner nicht mehr vorhanden.

[1]) Konkurs der Kommanditgesellschaft 1900 (Diss.) S. 64 ff.

[2]) Vgl. Jäger, Hellmann, Wolff, Petersen-Kleinfeller, Sarwey-Bossert, Wilmowski, Seuffert, Fitting, Burchardt, R.G. in J.W. 1895 S. 454, a. a. O., Staub, Lastig, Frankl, Gierke Genossenschaftstheorie S. 489.

[3]) S. unten S. 68 Note 1.

[4]) Vgl. dazu Jäger K.O. § 214. Dort weitere Literatur.

[5]) v. Canstein Lehrbuch des österreich. Handelsrechts S. 604.

[6]) Petersen-Kleinfeller in Bezug auf den Offenbarungseid.

[7]) Wilmowski (1885) § 199 Ziff. 3.

[8]) Busch's Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 28 S. 8; dagegen namentlich Jäger K.O. § 214 Anm. 21 Note 1 und Mager Tod des Gemeinschuldners S. 7 ff.

II. Diese Verschiedenheit in einer so grundlegenden Frage rechtfertigt es, zunächst einen kurzen Blick auf die allgemeine Frage zu werfen, wer in einem Konkursverfahren überhaupt Gemeinschuldner sein kann. Schad[1]) meint, daß die Konkursordnung mit dem Worte Gemeinschuldner nicht lediglich eine physische Person, sondern im weiteren Sinn alle Vermögensfähigen, mit Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen Verfolgbaren bezeichnen wolle, es mögen dies physische oder juristische Personen, Gemeinschaften zur gesamten Hand oder ein Nachlaß sein. — Genauer definiert Endemann[2]) den Gemeinschuldner als diejenige Person, welche zum Konkurs geeignetes Vermögen besitzt, zahlungsunfähig geworden, der deutschen Gerichtsbarkeit und der Konkursordnung unterworfen ist; er fährt dann fort, daß Gemeinschuldner auch alle idealen Subjekte, die als solche Vermögensinhaber sind, sein können, worunter er offenbar juristische Personen versteht. — Diese Definitionen sind zum Teil richtig, zum Teil freilich zu weit gefaßt. Was insbesondere die Definition Endemanns anbelangt, so wäre es genügend gewesen, als Gemeinschuldner diejenige Person zu bezeichnen, welche zum Konkurs geeignetes Vermögen besitzt. Gegen die Begriffsbestimmung Schads ist an sich nichts einzuwenden; allein die Anwendung auf den Nachlaß und die Gemeinschaften zur gesamten Hand gibt insofern zu Bedenken Anlaß, als Schad dadurch den Begriff des Gemeinschuldners nicht auf Personen im Rechtssinn beschränkt.

Gemeinschuldner ist m. E. der mehreren Gläubigern gemeinsame Schuldner[3]), d. h. in einem bestimmten Konkurs der gegenwärtige Schuldner der betreffenden Konkursgläubiger. Schuldner sein heißt aber, wenigstens regelmäßig etwas „leisten sollen"; „leisten" kann nur eine Person, die entweder selbst oder durch ihre Organe handeln kann. Ein Vermögen kann wohl haften, aber nicht schulden.[4]) Schuldner kann aber nur ein Rechtssubjekt sein, nicht etwa ein Vermögen, eine Masse, denen die Rechtsordnung juristische Persönlichkeit nicht zukommen läßt. Gemeinschuldner ist also auf der einen Seite das Subjekt

[1]) a. a. O. S. 22.

[2]) Das deutsche Konkursverfahren S. 45/46.

[3]) Hellmann Lehrbuch S. 129.

[4]) Vgl. dazu Frhr. v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht, München 1911.

der Schuldmasse; dementsprechend muß der Gemeinschuldner auf der anderen Seite auch das Subjekt der Teilungsmasse sein; denn mit fremdem Vermögen haftet der Schuldner seinen Gläubigern nicht. Als Rechtssubjekte sind nun aber von der Rechtsordnung nur zugelassen physische oder juristische Personen; daher macht die Bestimmung des Gemeinschuldners im Universalkonkurs keine weiteren Schwierigkeiten, weil hier einfach der betreffende Masse-Inhaber, sei es eine physische oder juristische Person, Gemeinschuldner ist.

Anders im Sonderkonkurs. Auch hier muß es allerdings einen Gemeinschuldner geben; denn ein Konkurs ohne Gemeinschuldner ist ebensowenig denkbar[1]) wie ein Prozeß einschl. Vollstreckung ohne Parteien. Den im Konkurs konkurrierenden Gläubigern steht notwendigerweise ein Schuldner gegenüber; denn ein Gläubiger ohne Schuldner ist unmöglich. Insbesondere ist deswegen auch die Ansicht zurückzuweisen, als ob Gemeinschuldner nur derjenige sei, welcher mit seinem Gesamtvermögen in Konkurs geraten sei, so daß also im Sonderkonkurs gar kein Gemeinschuldner vorhanden wäre. Da aber in den Fällen des Sonderkonkurses eine juristische Person nicht vorhanden ist, so kann es sich nur darum handeln, daß physische Personen die Gemeinschuldner sind; denn der Nachlaß selbst oder eine Gemeinschaft zur gesamten Hand ist nicht ein selbständiges Rechtssubjekt. Da der Gemeinschuldner auch das Subjekt der Teilungsmasse, d. h. der gegenwärtige Inhaber der Konkursmasse ist, so muß zunächst festgestellt werden, wer zur Zeit der Konkurseröffnung Inhaber der Sondermasse ist. *In den Fällen, in denen dies nur eine einzelne Person ist, macht die Bestimmung des Gemeinschuldners keine Schwierigkeiten. Hier ist einfach diese einzelne Person Gemeinschuldner*, so z. B. im Nachlaßkonkurs bei Vorhandensein eines einzigen Erben der Erbe selbst. Denn er ist durch den Erbfall Subjekt der Schulden- und der Teilungsmasse geworden (§§ 1922, 1942 B.G.B.). Unrichtig ist es also, den Erblasser als Gemeinschuldner zu bezeichnen. Denn man kann unmöglich einen Toten zum Gemeinschuldner machen, so wenig wie von einem Prozeß eines Toten oder gegen einen Toten die Rede sein kann.[2]) Freilich ist es gerade das Vermögen des Verstorbenen, welches allein zur Masse gezogen wird und prinzipiell dürfen nur die Gläu-

[1]) Siehe Schad a. a. O. S. 72.

[2]) Gaupp-Stein C.P.O. § 50 Anm. 72.

biger, mit denen der Verstorbene kontrahiert hatte, am Verfahren teilnehmen. Allein mit dem Tode ist nunmehr der Erbe in die Rechte und Pflichten des Erblassers in vollem Umfang eingetreten. Er ist also jetzt das Subjekt der Schulden- und Teilungsmasse.[1]) Unwesentlich für die Beantwortung dieser Frage ist der Umstand, daß der Name des Erblassers im Eröffnungsbeschluß steht[2]); denn dort heißt es ausdrücklich, daß über dessen Nachlaß der Konkurs eröffnet werde. Es kann also nur der Erbe der Gemeinschuldner sein.[3]) Wenn Schad[4]) dagegen einwendet, es könne mit dieser Ansicht nicht vereinbart werden, daß der Fiskus Erbe sei, so ist dieser Behauptung entgegenzuhalten, daß hier der Fiskus eben mit einem Sondervermögen in Konkurs geraten ist. Es ist nicht ganz richtig, wenn Schad folgert, da über einen Staat Konkurs unmöglich sei, könne er auch nicht in die Rolle eines Gemeinschuldners kommen. Denn dies trifft nur insofern zu, als über das Vermögen des Staats schlechtweg ein Konkurs nicht eröffnet werden kann. Wenn dagegen über eine Sondermasse des Staats der Konkurs eröffnet wird, so ist kein Grund vorhanden, den Fiskus nicht als Gemeinschuldner zu betrachten. — Nicht allein als Erbe, sondern auch als Anfallberechtigter eines Vereins (gemäß § 46 B.G.B.), allerdings erst wenn nach dem Anfall der Konkurs eröffnet wird, kann der Fiskus in die Rolle eines Gemeinschuldners kommen.[5]) — Was endlich die Ansicht Jägers anbelangt, so kann auch sie nicht als richtig bezeichnet werden. Zwar ist es zutreffend, daß in gewissen Vorschriften, die sich auf den Gemeinschuldner beziehen, bald der Erbe und der Erblasser, bald bloß letzterer gemeint ist, so z. B. bei der Anfechtung von Rechtshandlungen gemäß §§ 29 ff., bei zweiseitigen Verträgen nach §§ 17 ff., bei der Aufrechnung u. a. Diese Tatsache begründet jedoch keineswegs die Vermutung, der Gesetzgeber habe hier einen zweiteiligen Gemeinschuldner zu

[1]) Vgl. Jäger K.O. § 214 Anm. 7; Schad a. a. O. S. 71; Hellmann Lehrbuch S. 606/607 Note 9; Petersen-Kleinfeller K.O. § 214 Ziff. 7.

[2]) Ungenau daher R.G.St. Bd. 29 S. 103 ff.: die im Eröffnungsbeschluß bezeichnete Person stellt allein den Gemeinschuldner dar.

[3]) Ebenso preuß. K.O. § 14; Kammergericht in R.O.L.G. Bd. 1 S 445; O.L.G. Cassel in R.O L.G. Bd. 19 S. 137; O.L G. Braunschweig R.O.L.G. Bd. 19 S. 231; Seufferts Archiv Bd. 65 S. 127; Siméon Recht und Rechtsgang II S. 586.

[4]) a. a. O.

[5]) Jäger K.O. § 213 Anm. 8.

Grunde gelegt. Zur Zeit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses besteht jedenfalls nur noch eine dieser beiden Personen, nämlich der Erbe. Es kann nun nicht in dem jetzigen Verfahren mehr gesagt werden: jetzt sei für die Zeit vor dem Erbfall der Verstorbene der Gemeinschuldner. Denn damals bestand noch gar kein Konkursverfahren. Seit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist ein Wechsel in der Person des Schuldners nicht mehr eingetreten. Insofern ist auch die Bemerkung Jägers[1]) mindestens als ungenau zu bezeichnen, beim Nachlaßkonkurs folgen zwei Schuldner aufeinander; der eine löse den anderen in seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit ab. Wollte man sich dieser Meinung anschließen, so müßten folgerichtig, insbesondere weil der Erblasser als solcher dann Gemeinschuldner eines Universalkonkurses wäre, auch die persönlichen Wirkungen der Konkurseröffnung den Erblasser treffen. Er würde also z. B. für die Zeit vor dem Erbfall als nicht wahlberechtigt zu gelten haben; ebenso wäre ihm für diese Zeit sowohl bezüglich des eigenen wie auch hinsichtlich des Vermögens der Frau und Kinder die Vermögensverwaltung entzogen. Bis zu welchem Zeitpunkt müßten aber dann diese Beschränkungen als bestehend zurückgerechnet werden? Solche Folgen sind doch undenkbar. Man sagt auch nicht im Universalkonkurs: Für die Zeit vor der Konkurseröffnung sei der Gemeinschuldner X. als Gemeinschuldner zu betrachten. Für diese Zeit gab es eben noch keinen Gemeinschuldner. Vielmehr kann es sich doch bei der Frage nach der Gemeinschuldnerschaft nur darum handeln, festzustellen, wer in dem eröffneten Verfahren die Stellung eines Gemeinschuldners einnimmt und dessen Rechte und Pflichten auszuüben hat. Daß in der Tat gewisse Rechtshandlungen und Rechtsverhältnisse sich nicht auf ihn beziehen, weil er zur Zeit ihrer Entstehung noch gar nicht Subjekt der Masse war, kann die Beantwortung der Frage selbst nicht beeinflussen. Dies kann vielmehr erst bei der Anwendung der einzelnen Gesetzesstellen in Betracht kommen. Dann tritt an die Stelle des im Gesetz als „Gemeinschuldner" Bezeichneten dessen Rechtsvorgänger in Beziehung auf die Masse. Einwendungen, die gegen den Erblasser begründet gewesen wären, müssen auch gegen dessen Rechtsnachfolger erhoben werden können. Darunter fallen natürlich, weil es sich um einen ganzen Vermögenskomplex handelt, auch Rechtshandlungen, die das Vermögen selbst,

[1]) K.O. § 214 Anm. 7.

nicht ein einzelnes Vermögensstück, betreffen. Es kann demnach nicht mit Josephson[1]) gefolgert werden, daß eine Anfechtung von Rechtshandlungen des Erblassers im Nachlaßkonkurs unmöglich sei.[2])

III. Schwieriger gestaltet sich die Frage der Gemeinschuldnerschaft, wenn mehrere Personen als Inhaber der Masse in Betracht kommen. Entsprechend dem oben festgestellten Grundsatz, daß der Gemeinschuldner stets zugleich Subjekt der Teilungsmasse sei, müßte demnach eine Mehrheit von Gemeinschuldnern vorhanden sein. Es ist aber zunächst bestritten, ob es in einem Konkursverfahren mehrere Gemeinschuldner geben könne. So geht Oetker[3]) davon aus, daß im Konkursrecht der Grundsatz gelte: in einem Konkurs ein Kridar.. Er begründete dies damit, daß die Verbindung mehrerer Konkurse zu gemeinsamer Verhandlung ganz und gar untunlich sei wegen der oft sich widerstreitenden Interessen, die der Konkursverwalter vertreten müsse. Eine Ausnahme könnte nach Oetker nur unter der dreifachen Voraussetzung in Frage kommen, daß für die mehreren Kridare der Konkursgrund gleichzeitig und gleichmäßig vorhanden ist, daß sie alle Gläubiger gemeinsam haben und daß diese zu ihrer Befriedigung auf einen Vermögenskomplex angewiesen sind, der im Miteigentum der Kridare steht. Diesen Voraussetzungen könnte nach Oetker eventuell beim Konkurs über Eheleute, die in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, und beim Nachlaßkonkurs über mehrere Erbteile genügt werden; bei diesen Fällen bestreitet er aber dann wieder im einzelnen die Möglichkeit eines gemeinsamen Konkurses. Schad[4]) hat sich dem von Oetker aufgestellten Grundsatz angeschlossen, ohne jedoch die von diesem anerkannte Ausnahme zuzulassen. Er hält es vielmehr für eine grundlegende Bestimmung, daß ein Konkurs über mehrere Schuldner nicht eröffnet werden könne; wollte das Gesetz

[1]) Nachlaßkonkurs, Hanseatische Gerichtszeitung 1900 Beil. Nr. 4 S. 42.

[2]) Hellmann (Lehrbuch S. 607) sucht die Schwierigkeiten dadurch zu beseitigen, daß er in allen Gesetzesstellen, in denen das Gesetz vom Gemeinschuldner spricht, den Ausdruck als ungenau bezeichnet; denn überall soll damit diejenige Person gemeint sein, die Gemeinschuldner wäre, wenn sie noch leben würde.

[3]) Grundbegriffe I S. 74 ff.

[4]) a. a. O. S. 46 f.

die Mehrköpfigkeit gelten lassen, so hätte es besonderer gesetzlicher Bestimmungen bedurft.

Aus welcher gesetzlichen Bestimmung dieser grundlegende Satz abgeleitet wird, ist zunächst nicht ersichtlich. Es ist ja wohl richtig, daß im Regelkonkurs niemals mehrere Gemeinschuldner vorhanden sind. Dies hat aber seinen Grund in rein tatsächlichen Umständen. Denn jede Person hat regelrecht nur ein Vermögensganzes[1]); ein Vermögensganzes gehört aber andererseits niemals mehreren Personen, d. h. so, daß die gesamten Vermögensmassen dieser Personen zu einem Vermögenskomplex vereinigt würden, daß die Personen nun ein Vermögen haben; eine solche Vereinigung ist gesetzlich nicht vorgesehen.[2]) Da aber im Universalkonkurs ein Vermögensganzes die Konkursmasse bildet so kann hier der Gemeinschuldner immer nur aus einer Person, sei es einer juristischen oder physischen, bestehen. Anders in den Fällen des Sonderkonkurses; hier wird die Konkursmasse lediglich aus einem Sondervermögen, aus Vermögensteilen einer bezw. mehrerer Personen gebildet. Daß Vermögensteile mehrerer verschiedenen Personen wieder unter einem anderen Gesichtspunkt zu einem Sondervermögen verbunden werden können, ist eine so alltägliche Erscheinung im Rechtsleben, daß sie hier keiner weiteren Begründung bedarf; ich nenne hier nur z. B. die offene Handelsgesellschaft. Nach diesen Erwägungen kann es m. E. nicht mehr zweifelhaft sein, daß das Gesetz einen Grundsatz, wie ihn Oetker und Schad behaupten, nicht aufgestellt hat. Eine Verbindung mehrerer Konkurse zu gemeinsamer Verhandlung ist, wie Oetker mit Recht hervorhebt, ausgeschlossen. Das ergibt sich in erster Linie aus der Natur des Konkurses selbst, andererseits aber daraus, daß etwa eine analoge Anwendung der §§ 147 und 260 C.P.O. schon deshalb nicht in Frage kommen kann, weil die Voraussetzungen hiefür bei mehreren Konkursen niemals zusammentreffen.[3])

Die Voraussetzungen aber, unter denen Oetker eine Ausnahme von dem vermeintlichen Grundsatz für denkbar hält,

---

[1]) So Kohler Leitfaden S. 68.

[2]) Scheinbare Ausnahmen sind vielleicht die Fälle der Gütergemeinschaft; in diesen wird aber das Gesamtgut, also das dem Mann und der Frau gehörige gemeinsame Vermögen zur Konkursmasse des Ehemanns gezogen; hier ist nur dieser der Gemeinschuldner.

[3]) Vgl. Jäger Anm. 6 zu § 72 K.O.

treffen m. E. gerade in den Fällen zu, in denen ein Sonderkonkurs mit mehreren Gemeinschuldnern stattfindet, z. B. bei der offenen Handelsgesellschaft[1]) und Nachlaßkonkurs mit mehreren Erben.

Es ist nach alledem eine spezifische Eigentümlichkeit des Sonderkonkurses, daß in ihm eine Mehrheit von Gemeinschuldnern vorhanden sein kann, und es bedurfte keiner besonderen gesetzlichen Bestimmung, um dies zu ermöglichen.

Mit der Feststellung der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Gemeinschuldnermehrheit ist die Frage noch nicht entschieden, wer nun in solchen Fällen als Gemeinschuldner zu gelten hat. Es wurde oben schon ausgeführt, daß der Gemeinschuldner einerseits das Subjekt der Masse, andererseits der Schuldner der Konkursgläubiger ist. Demnach sind im Sonderkonkurs grundsätzlich die Inhaber des Sondervermögens die Gemeinschuldner. Abzulehnen sind daher diejenigen Ansichten, welche teils die vertretungsberechtigten[2]), teils die geschäftsführenden[3]) Gemeinschaftsmitglieder, teils endlich die Liquidatoren als Gemeinschuldner bezeichnen. — Dabei fragt es sich noch weiterhin, ob einfach alle Subjekte der Sondervermögensmasse in den betreffenden Fällen, also sämtliche Inhaber, die Gemeinschuldnerrolle zu übernehmen haben[4]) oder ob auch hier noch gewisse Unterscheidungen notwendig sind. Denn in manchen Fällen haben die Gemeinschaftsmitglieder nicht durchweg die gleiche Stellung, z. B. bei der Kommanditgesellschaft oder bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Hier müßten nach dem allgemeinen Grundsatz sowohl der Kommanditist, als auch die gemeinschaftlichen Abkömmlinge als Gemeinschuldner zu gelten haben; denn auch Teile ihres Vermögens sind in dem betreffenden Konkurs mitvergantet. Es ist aber symptomatisch, daß das Gesetz gerade ihnen die Befugnis nicht zugesprochen hat, den Konkursantrag zu stellen, vgl. §§ 210 und 236 K.O. Dieses Recht ist nach dem Standpunkt der Konkursordnung, im Gegensatz zur preußischen Konkursordnung[5]), als ein wesentliches und un-

[1]) Jäger K. der o. H.G. S. 67.

[2]) Reichsoberhandelsgericht Bd. 5 S. 390; R.G. Bd. 16 S. 3.

[3]) Reichsoberhandelsgericht Bd. 7 S. 71.

[4]) So Eich Konkurs der Kommanditgesellschaft S. 64 f.

[5]) Hier hatte nur für einen kaufmännischen Konkurs der Gemeinschuldner die Befugnis zum Konkursantrag.

entziehbares Recht des Gemeinschuldners gedacht; denn auch er muß es schon im Interesse seiner Gläubiger in der Hand haben, zu verhindern, daß einzelne Gläubiger durch ihr rasches Zugreifen zum Nachteil der später kommenden Gläubiger ganz befriedigt werden[1])[2]). Die Konkursordnung faßt daher weder den Kommanditisten noch den gemeinschaftlichen Abkömmling als Gemeinschuldner auf.[3]) Was ist nun der innere Grund für diesen Standpunkt des Gesetzes?

Faßt man das Verhältnis der Masse-Eigentümer zu den Gläubigern ins Auge, so könnte vielleicht gesagt werden, die Kommanditisten seien deshalb nicht Gemeinschuldner, weil sie nicht persönlich haften. Dieser Grundsatz des Handinhandgehens von Gemeinschuldnerqualität und persönlicher Haftung würde nun allerdings bei dem Konkurs der Handelsgesellschaften wohl zutreffen. Denn sowohl im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, wie auch im Konkurs der Kommanditgesellschaft sind nach der herrschenden Ansicht nur die persönlich haftenden Gesellschafter die Gemeinschuldner.[4]) Allein schon beim Gesamtgutskonkurs des § 236 würde dieses Prinzip nicht ohne Einschränkung anzuwenden sein. Denn der überlebende Ehegatte — der Gemeinschuldner im Gesamtgutskonkurs — haftet nur für die in seiner Person entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten persönlich; für die in der Person des verstorbenen Ehegatten entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten haftet er nur mit Beschränkung auf das Gesamtgut. Es wäre also, wenn der überlebende Ehegatte die Ehefrau ist, welche keine Gesamtgutsverbindlichkeiten für ihre Person hat, jemand Gemeinschuldner, den eine persönliche Haftung nicht trifft. Noch mehr zeigt sich dieser Unterschied im Nachlaßkonkurs, bei Vorhandensein mehrerer Erben. Hier kann es vorkommen, daß einige Erben persönlich, die anderen nur beschränkt haften. Nach dem oben aufgestellten Satze könnten also die letzteren nicht Gemeinschuldner sein. Dies steht aber damit im Widerspruch, daß jedem Erben ohne Rücksicht auf seine Haftung das Recht zusteht, Konkursantrag

[1]) Vgl. Motive zur K.O. zu § 95 (alte Folge).

[2]) Umgekehrt ist natürlich der Schluß nicht gerechtfertigt, daß die Antragsbefugnis ein Kennzeichen für die Gemeinschuldnerschaft ist. Denn nur, wenn der Antragsberechtigte zugleich auch ein Subjekt der Masse ist, ist er Gemeinschuldner (z. B. die mehreren Erben).

[3]) So Jäger und die durchaus herrschende Meinung.

[4]) Vgl. R.G. Bd. 74 S. 68; J.W. 1895 S. 454 Nr. 7; R.O.L.G. Bd. 21 S. 181.

zu stellen (§ 217 K.O.). Es kann also allgemein der Satz nicht aufgestellt werden, daß nur die persönlich haftenden Gemeinschaftsmitglieder die Gemeinschuldner sind. Deshalb kann nur in Betracht kommen die verschiedene Stellung, welche die einzelnen Gemeinschaftsmitglieder zum Sondervermögen einnehmen. Die Stellung des Kommanditisten ergibt sich aus den §§ 164 und 170 H.G.B.; er ist gesetzlich sowohl von der Geschäftsführung ausgeschlossen, als auch nach außen hin zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt.[1]) Das Recht der Verfügung über Gesellschaftsvermögen ist ihm daher im Gegensatz zum persönlich haftenden Gesellschafter gesetzlich nicht eingeräumt. Aehnlich liegen die Verhältnisse bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft; der überlebende Ehegatte nimmt hier die Stellung des Ehemannes der allgemeinen Gütergemeinschaft ein. Es steht ihm daher das fast uneingeschränkte Recht zu, über das Gesamtgut zu verfügen (§ 1443 B.G.B.), während die gemeinschaftlichen Abkömmlinge gesetzlich nicht die Befugnis haben, einer solchen Verfügung des überlebenden Ehegatten zu widersprechen. Ganz anders bei der Erbengemeinschaft; hier ist keiner der Miterben gesetzlich hinsichtlich der Verfügung über Nachlaßgegenstände bevorzugt; vielmehr können sie bekanntlich nur gemeinsam verfügen.

Wenn also das Gesetz hinsichtlich eines Sondervermögens, welches im Miteigentum mehrerer steht, *einem oder einigen von ihnen das Recht einräumt, über Gegenstände des Sondervermögens zu verfügen, ohne dieses Recht auch den übrigen zukommen zu lassen, so sind im Konkurs über das Sondervermögen nur jene die Gemeinschuldner.* Dies rechtfertigt sich auch aus der Erwägung, daß vermöge dieser überragenden Stellung der Alleinverfügungsberechtigte für den Vermögensverfall in erster Linie verantwortlich gemacht werden kann.[2])

IV. In allen Fällen, in denen eine Mehrheit von Gemeinschuldnern vorhanden ist, standen die betreffenden Eigentümer vor der Konkurseröffnung in einer Gemein-

[1]) Daß er natürlich vertraglich als Handlungsbevollmächtigter mit der Geschäftsführung oder Vertretung betraut sein kann, ist unerheblich.

[2]) Vgl. Protokolle der Reichstagskommission zur K.O. S. 120 bis 122; anders freilich Begründung zur Novelle S. 54, wo den gemeinschaftlichen Abkömmlingen deshalb die Antragsbefugnis zur Konkurseröffnung nicht zuerkannt wurde, weil sie nicht persönlich haften.

schaft zur gesamten Hand, z. B. offene Handelsgesellschaft, Nachlaß bei mehreren Erben. Es fragt sich nun, ob dieses *Gesamthandverhältnis unter den Gemeinschuldnern noch fortdauert* oder ob auch dieses sein Ende erreicht hat. Gierke (Genossenschaftsth. S. 489) bezeichnet die bisherigen Gesellschafter als verbundene Gemeinschuldner unter Fortdauer der subjektiven Einheit. Burchardi[1]) weist die Rolle des Gemeinschuldners den in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand verbundenen Gesellschaftern zu. Auch nach Jäger[2]) stellen die Gesellschafter *den* Gemeinschuldner im Gesellschaftskonkurs dar; er nimmt also ebenfalls eine Fortdauer der gesamthänderischen Gebundenheit an.

Das Wesen der gesamthänderischen Gebundenheit besteht nun nach § 719, vergl. mit § 2040 B.G.B. darin, daß ein Gemeinschafter über einzelne zum Gemeinschaftsvermögen gehörigen Gegenstände nicht verfügen kann. *Da nach der Konkurseröffnung noch Gemeinschaftsvermögen vorhanden ist, so muß prinzipiell auch das Gesamthandsverhältnis noch fortdauern.* Freilich wird mit Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner das Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen entzogen, und es hat den Anschein, als ob dadurch der Fortdauer der gesamthänderischen Gebundenheit praktische Bedeutung nicht mehr zukommen würde. Aber unter „Verfügen" wird nicht allein eine rechtsgeschäftliche Verfügung verstanden; vielmehr muß die Prozeßführung (einschl. Exekution) ebenfalls hierher gestellt werden, so daß Prozesse nur mehr von allen Gemeinschaftern zusammen zu führen wären. Weil demnach das Gemeinschaftsprinzip auch nach Konkurseröffnung noch seine Stelle und seinen Sinn hat, und weil es sich bei der Entziehung des Verfügungsrechts durch Konkurseröffnung lediglich um Uebertragung von Verfügungsrechten an andere Personen handelt, erlischt die gesamthänderische Gebundenheit auch nicht mit Konkurseröffnung.

Soweit also Handlungen in Frage stehen, die eine *Verfügung* über Gemeinschaftsgegenstände *nicht* enthalten, sind die Gemeinschafter *gesamthänderisch nicht gebunden* und können *einzeln* handeln.[3])

---

[1]) Feststellung im Konkurs der offenen H.G. S. 65 f.

[2]) Konkurs der offenen H.G. S. 68.

[3]) Vgl. §§ 210 und 211, 217 und 230 K.O.

§ 5. Stellung zur Sonderkonkursmasse, betr. Verwaltung und Verfügung (einschl. Prozeßführung).

I. Die vermögensrechtliche Stellung des Gemeinschuldners ist festgelegt in § 6 K.O., welcher bestimmt, daß mit Konkurseröffnung der Gemeinschuldner die Befugnis verliere, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Während im Universalkonkurs dieser Verlust sich auf das gesamte pfändbare Vermögen bezieht, tritt beim Sonderkonkurs der Verlust des Verwaltungs- und Verfügungsrechts nur hinsichtlich des Sondervermögens ein, über welches der Konkurs eröffnet wurde. Die Folge davon ist einerseits, daß der Gemeinschuldner bezüglich seines Nichtsondervermögens von jeder Beschränkung frei ist, andererseits aber, daß bei der Frage, ob dem Gemeinschuldner über einen gewissen Gegenstand das Verwaltungs- und Verfügungsrecht zusteht, stets die Vorfrage zu prüfen ist, ob dieser Gegenstand überhaupt zum Sondervermögen gehört.

II. Inhalt des Verlustes des Verfügungsrechts ist gemäß § 7 K.O., daß Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind. Diese relative Unwirksamkeit besteht aber nur gegenüber den Gläubigern, die am Sonderkonkurs teilzunehmen berechtigt sind, unabhängig davon, ob sie von diesem Recht Gebrauch machen oder nicht.[1]) Hat aber der Gemeinschuldner eine Rechtshandlung vorgenommen, die lediglich sein Nichtsondervermögen betrifft, so ist ihre Wirksamkeit natürlich nicht in Frage gestellt, selbst wenn den Konkursgläubigern des Sonderkonkurses der Zugriff auf das Nichtsondervermögen zusteht und sie daher ein Interesse daran haben, daß die Nichtsondervermögensmasse nicht vermindert werde; zur Wahrung dieses Interesses können sie Konkursantrag auch bezüglich des Nichtsondervermögens stellen. Der Sonderkonkurs allein hat nur die Unwirksamkeit der auf ihn sich beziehenden Rechtshandlungen zur Folge.

1. Ist nur eine einzige Person der Gemeinschuldner, so trifft ihn allein der Verlust des Verwaltungs und Verfügungsrechtes voll und ganz.

2. Weniger einschneidend kann die Eröffnung eines Sonderkonkurses dann wirken, wenn mehrere Gemeinschuld-

[1]) Jäger K.O. § 3 Anm. 1.

ner vorhanden sind. Hier waren vor Eröffnung des Konkurses entweder die nunmehrigen Gemeinschuldner in ihrer Gesamtheit verwaltungs- und verfügungsberechtigt (z. B. Miterben), oder jeder einzelne allein oder endlich nur einige von ihnen, während die anderen von diesem Recht ausgeschlossen waren.

Stand das Verwaltungs- und Verfügungsrecht vor der Konkurseröffnung jedem einzelnen zu (z. B. offene Handelsgesellschaft), so treffen die Folgen der §§ 6 und 7 K.O. jeden Gemeinschuldner gleich schwer und die Fälle sind ebenso gelagert, wie wenn nur eine einzelne Person Gemeinschuldner wäre. Waren jedoch nur einzelne verwaltungs- und verfügungsberechtigt, so trifft der Verlust nach § 6 K.O. lediglich diese, während die anderen eine Beeinträchtigung eigentlich nicht erleiden.

a. Da nunmehr aber durch die Konkurseröffnung gerade über eine offene Handelsgesellschaft die bisherigen Vertretungsverhältnisse aufhören[1]), so entsteht die weitere Frage, ob als eine Verfügungshandlung im Sinne des § 7 K.O. nur eine solche anzusehen ist, die von sämtlichen Gemeinschuldnern gemeinsam vorgenommen worden ist oder ob es genügt, daß sie einer der früheren vertretungsberechtigten Gesellschafter vorgenommen hat; bei ersterer Ausnahme gelten die nicht von sämtlichen, bei letzterer die von den nicht vertretungsberechtigten Gesellschaftern vorgenommenen Rechtshandlungen überhaupt nicht als für das Sondervermögen abgeschlossen. Man könnte hiergegen einwenden, die Frage sei ohne jede Bedeutung; mag einer der Gemeinschafter, der vertretungs- oder nichtvertretungsberechtigten, oder mögen alle zusammen eine Rechtshandlung vorgenommen haben, die sich auf die Konkursmasse bezieht, so ist sie eben ein für allemal unwirksam. In folgendem Fall jedoch ist die Frage erheblich: wenn nämlich infolge Konkursverzichts gemäß § 202 K.O. eine Verfilberung der Masse unterbleibt so wird die von dem Gemeinschuldner während des Konkurses vorgenommene Rechtshandlung voll wirksam.[2]) Es bedarf dazu also insbesondere nicht irgend einer Genehmigung; die Wirksamkeit tritt vielmehr ipso iure ein. — Das Gesetz verlangt in § 7 K.O. lediglich eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners. Da nun im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft jeder Gesellschafter, im Nachlaßkonkurs jeder Erbe Gemeinschuldner

[1]) Vgl. Staub H.G.B. § 131, Goldmann H.G.B. § 131.

[2]) Jäger K.O. § 7 Anm. 9.

ist, so wäre dem Wortlaut nach jede Rechtshandlung, die *nach* der Konkurseröffnung von einer dieser Personen vorgenommen worden ist, eine Rechtshandlung im Sinne des § 7 K.O. Diese Konsequenz wäre zunächst unbedenklich, wenn z. B. bei der offenen Handelsgesellschaft hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse die gesetzliche Regel des § 125 H.G.B. gegolten hätte. Denn in diesem Fall waren ja auch vor der Konkurseröffnung die Gemeinschuldner einzeln verfügungsberechtigt. Stand jedoch nur einzelnen der Gemeinschuldner, z. B. Handelsgesellschafter, oder mehreren zusammen das Verfügungsrecht zu, während die anderen ausgeschlossen waren, so könnte der Umstand, daß jeder Gemeinschuldner eine Rechtshandlung im Sinn des § 7 K.O. vornehmen kann, im Hinblick auf die eventuelle Wirksamkeit im obigen Fall Bedenken erregen. Denn die früher vom Verfügungsrecht ausgeschlossenen Gemeinschuldner wären nunmehr plötzlich einzeln in der Lage, für später eventuell wichtige Rechtshandlungen in Ansehung des Sondervermögens vorzunehmen. — Mit Rücksicht auf diese Folgen, insbesondere auch mit Rücksicht auf den Umstand, daß nach der durchaus herrschenden Meinung mit Eröffnung des Konkurses die Vertretungsverhältnisse aufhören, muß m. E. gefolgert werden, daß eine Rechtshandlung im Sinn des § 7 K.O. nur eine solche ist, die von *allen* Gemeinschuldnern *zusammen* vorgenommen worden ist. Hat also ein einzelner Gemeinschuldner für das Sondervermögen gehandelt, so ist dies nicht als eine Rechtshandlung im Sinn des § 7 K.O. anzusehen, sondern sie ist schon an sich ohne jeden Einfluß gegenüber dem Sondervermögen. Unterbleibt also eine Verfilberung der Masse, weil § 202 K.O. vorliegt, so kann eine solche Rechtshandlung später keine Wirkungen gegen das Sondervermögen haben.

Einen weiteren Fall führt Hellmann[1]) an: wenn nämlich über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück zu Gunsten eines gutgläubigen Erwerbers verfügt wird (§ 7 K.O.) und die Konkurseröffnung noch nicht im Grundbuch eingetragen war, so muß die Verfügung, um wirksam zu sein, von allen Gemeinschuldnern vorgenommen sein.

„*Materiellrechtliche Verfügungen des Gemeinschuldners*" sind daher bei *Mehrköpfigkeit des Gemeinschuldners* nur *solche, die von allen Gemeinschuldnern zusammen vorgenommen worden sind*,

[1]) Lehrbuch S. 609, s. auch Anm. 3.

m. a. W. hinsichtlich solcher Verfügungen besteht das Gesamthandprinzip.[1])

b. Ganz anders verhält es sich natürlich mit den Rechtshandlungen, die vor Eröffnung des Verfahrens hinsichtlich der Sondermasse vorgenommen worden sind und jetzt der Anfechtung unterliegen. Auch hier stehen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners in Frage, wenn auch in § 29 K.O. das Wort Gemeinschuldner nicht vorkommt.[2]) Hier ist ebenfalls mit Rücksicht auf die Mehrköpfigkeit des Gemeinschuldners eine Modifikation dahingehend anzubringen, daß Rechtshandlungen im Sinne des § 29 K.O. nur solche sind, die von einem vertretungsberechtigten Gemeinschafter im Namen der Gemeinschaft und für dieselbe vorgenommen worden sind[3]); es fehlt eben sonst an dem an sich wirksamen Akte, von dem die Anfechtung ausgeht. In diesen Fällen kommt es also auf die Vertretungsmacht an.[4])

III. Ein wesentlicher Ausfluß des Verwaltungsrechts ist insbesondere die Befugnis, Prozesse über die zur Masse gehörigen Gegenstände zu führen. Da durch die Konkurseröffnung dieses Recht betreffend die Konkursmasse untergeht, so verliert es der Gemeinschuldner auch durch Eröffnung des Sonderkonkurses hinsichtlich der Sondervermögensmasse. Dies ist nun nicht allein schon dann der Fall, wenn ein Anspruch oder eine Schuld, die aus einem das Sondervermögen betreffenden Rechtsverhältnis hervorgegangen sind, Gegenstand des Prozesses bilden; es ist vielmehr noch erforderlich, daß der Gemeinschuldner in seiner Eigenschaft als Subjekt des Sondervermögens hierbei in Betracht kommt. Dies ergibt sich daraus, daß ja der Gemein-

[1]) Ebenso Jäger K.O. § 214 Anm. 17 bezüglich des Nachlaßkonkurses mit mehreren Erben; anders Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 80 C 1: „als Rechtshandlungen des Gemeinschuldners sind alle von den einzelnen Gesellschaftern nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses hinsichtlich des konkursbefangenen Gesellschaftsvermögens vorgenommenen Handlungen den Konkursgläubigern gegenüber nichtig."

[2]) Vgl. Sydow-Busch K.O. § 29 Anm. 1; R.G. Bd. 2 S. 374 und J.W. 1897 S. 307; Jäger Anm. 33 zu § 29.

[3]) Dem steht gleich, wenn ein Nichtvertretungsberechtigter die nachträgliche Genehmigung der übrigen erhält; vgl. Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 80.

[4]) R.O.L.G. Bd. 21 S. 181 u. Schleswig-Holst. Anz. 1909 S. 264.

schuldner des Sonderkonkurses Subjekt mehrerer Vermögensmassen ist und es daher sehr wohl möglich sein kann, daß der betreffende Rechtsstreit die Nichtsondervermögensmasse betrifft, obwohl er eigentlich nur die Folge des Vorhandenseins des Sondervermögens ist, z. B. kann eine Gesellschaftsschuld sowohl gegen die Gesellschafter unter einheitlichem Namen — dann betrifft der Rechtsstreit das Sondervermögen —, als auch gegen einzelne Gesellschafter geltend gemacht werden — dann betrifft der Rechtsstreit das Privatvermögen. Aehnlich beim Erben.

Die Eigenart des Sonderkonkurses, insbesondere die Tatsache, daß der Gemeinschuldner Subjekt verschiedener Vermögensmassen ist, und die Vorhaftung der einen Masse bringt es mit sich, daß es unter Umständen nicht leicht zu entscheiden ist, ob ein anhängiger Rechtsstreit gerade die Sonderkonkursmasse betrifft oder ob er eventuell das Privatvermögen des Gemeinschuldners angeht. Wird z. B. gegen einen unbeschränkt, also persönlich haftenden Erben eine Nachlaßverbindlichkeit geltend gemacht, so ist es nicht ohne weiteres sicher, daß dieser Prozeß durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses unterbrochen wird; denn kraft seiner persönlichen Haftung[1]) kann ja dieser Rechtsstreit möglicherweise auch das Nichtsondervermögen des Erben betreffen. Es wird daher zu untersuchen sein, welche Prozesse speziell sich auf die Sonderkonkursmasse beziehen.

In dieser Hinsicht genügt es nun nicht, wie oben schon ausgeführt, daß es sich in dem Rechtsstreit um einen Gegenstand handelt, dessen Existenz eben auf das Vorhandensein eines Sondervermögens zurückzuführen ist, also z. B. lediglich um eine Gesellschaftsschuld oder Nachlaßverbindlichkeit, sondern der Gemeinschuldner muß in dem Prozesse, sei es als Kläger oder als Beklagter, in seiner Eigenschaft als Subjekt des Sondervermögens aufgetreten sein.

1. Befindet sich der Gemeinschuldner in der Klägerrolle, so trifft dieser Prozeß stets die Sonderkonkursmasse; es bedarf also keiner weiteren Untersuchung, ob der Gemeinschuldner auch wirklich als Subjekt des Sondervermögens aufgetreten ist. Denn ein solcher Anspruch kann schon seiner inneren Natur nach niemals zum Privatvermögen

[1]) Es wird natürlich angenommen, daß dieselbe durch den Nachlaßkonkurs nicht erlischt, z. B. wenn der Erbe die Inventarfrist nicht eingehalten hat.

des Gemeinschuldners gehören. Macht also der Erbe einen zum Nachlaß gehörigen Anspruch geltend, so betrifft ein solcher Prozeß stets die Sonderkonkursmasse und durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses wird er alsdann auch unterbrochen. — Handelt es sich um eine Mehrheit von Gemeinschuldnern, so ist es sicher, daß niemals ein einzelner von ihnen im eigenen Namen einen zum Sondervermögen gehörigen Anspruch verfolgen kann. Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesamthandverhältnis, in welchem sie zu einander stehen. Zwar kommt es häufig vor, daß einem einzelnen die Vertretungsmacht hinsichtlich des Sondervermögens zusteht; allein hier handeln sie natürlich nicht in eigenem Namen und deshalb müssen im Prozeß, wo die Parteien selbst aufzutreten haben, die Gemeinschafter in ihrer Gesamtheit genannt werden. Dies geschieht teils unter einem einheitlichen Namen, z. B. bei der offenen Handelsgesellschaft, teils unter Aufzählung der einzelnen Gemeinschafter, z. B. bei der Erbengemeinschaft. In diesen Fällen ist es also sofort erkennbar, wenn ein die Sonderkonkursmasse betreffender Prozeß in Frage steht.

2. Nicht ohne weiteres erkennbar ist unter Umständen der Charakter des Prozesses dann, wenn der Gemeinschuldner sich in der Rolle des Beklagten befindet. Da ja für eine Schuld des Sondervermögens möglicherweise auch das Nichtsondervermögen des Gemeinschuldners haftet, so kann es nämlich in solchen Fällen zweifelhaft sein, ob der betreffende Rechtsstreit durch Eröffnung des Sonderkonkurses unterbrochen wird. Handelt es sich nun hier um eine Mehrheit von Gemeinschuldnern, so betrifft ein Prozeß, der nur gegen einen derselben, z. B. einen Gesellschafter oder einen Miterben gerichtet ist, zweifellos nicht die Sonderkonkursmasse; denn ein einzelner ist niemals auch in Passivprozessen Repräsentant des Sondervermögens. Ist nur ein einziger Gemeinschuldner vorhanden, so muß besonders untersucht werden, in welcher Eigenschaft er in diesem Prozeß auftritt, ob also z. B. der Erbe als Subjekt des Nachlasses, der überlebende Ehegatte als Subjekt des Gesamtguts in Anspruch genommen wird. Wenn der Erbe, der überlebende Ehegatte auf Leistung pure verklagt wird, so hat er es in der Hand, zu bestimmen, in welcher Eigenschaft er im Prozeß auftreten will. Gemäß § 780 C.P.O. vgl. § 1489 B.G.B. kann er nämlich bis zur letzten mündlichen Verhandlung seine beschränkte Haftung geltend

machen. Hat er dies in einem anhängigen Rechtsstreit bis zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder Gesamtgutskonkurses noch nicht getan, so kann er noch jetzt, da der Prozeß bei pure Verklagung durch den Nachlaßkonkurs oder Gesamtgutskonkurs als die Sonderkonkursmasse nicht betreffend nicht unterbrochen wird (s. u. IV), die beschränkte Haftung geltend machen. Durch diese Geltendmachung betrifft von jetzt an der Rechtsstreit die Sonderkonkursmasse und wird nun unterbrochen. Bloß dann kann der Erbe die Unterbrechung nicht mehr herbeiführen, wenn die letzte mündliche Verhandlung bereits vor Konkurseröffnung stattgefunden hat; dann hat er für die ganze Nachlaßverbindlichkeit mit seinem Privatvermögen einzustehen.

Nach § 240 C.P.O. bewirkt die Konkurseröffnung auch die Unterbrechung eines anhängigen Prozesses für oder gegen den Gemeinschuldner, wenn dieser Prozeß die Masse betrifft. Demnach wird bei einem Sonderkonkurs der Prozeß unterbrochen, der speziell die Sonderkonkursmasse betrifft. Durch die Eröffnung des Sonderkonkurses wird demnach nicht unterbrochen ein Rechtsstreit, der sich lediglich auf das Nichtsondervermögen des Gemeinschuldners bezieht. Dieser behält hier die Sachlegitimation und kann den Prozeß trotz des Konkurses über das Sondervermögen fortführen. War also gegen einen Gesellschafter ein Rechtsstreit anhängig, sei es, daß um eine Privatschuld oder um eine Gesellschaftsschuld gestritten wurde, so erleidet dieser Prozeß, insbesondere auch im letzteren Fall keine Unterbrechung. — Es wird aber auch ein solcher Rechtsstreit nicht unterbrochen, der zwar das Sondervermögen betrifft, aber nicht die Sonderkonkursmasse; denn nur in Prozessen, die sich auf die Masse beziehen, greift § 240 C.P.O. ein. Prozesse, die nur den konkursfreien Teil des Sondervermögens betreffen, bleiben also ebenfalls außer Betracht und sind weiterzuführen. Was aber zum konkursfreien Sondervermögen gehört, ist nach richtiger Ansicht darnach zu beurteilen, ob der betreffende Gegenstand einen Teil der Sollmasse des Sonderkonkurses bildet[1]) oder nicht.[2]) Eine Abgrenzung nach der Istmasse ist m. E. zu ungenau und unbegrenzt und auch von Zufälligkeiten abhängig, sodaß sie nicht als Grundlage dienen kann.

[1]) S. über die Sonderkonkursmasse unten § 10.

[2]) a. A. Oetker Busch's Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 25, S. 36.

Wird nun gegen einen Erben der Nichtsondervermögenskonkurs eröffnet, nachdem bereits Nachlaßkonkurs besteht, so wird dieser Prozeß durch den Nichtsondervermögenskonkurs unterbrochen; der Erbe selbst ist nun nicht mehr in der Lage, die beschränkte Haftung geltend zu machen, da er ja die Sachlegitimation nicht mehr besitzt; vielmehr ist dazu nur der Konkursverwalter befugt. Macht dieser die beschränkte Haftung geltend, so nimmt er allerdings den Prozeß durch diese Erklärung auf; durch die Aufnahme würde er aber andererseits zu erkennen geben, daß er der Ansicht ist, daß dieser Prozeß die Nichtsondervermögenskonkursmasse betreffe; ob er deshalb die beschränkte Haftung geltend machen kann, scheint mir sehr fraglich. Der Konkursverwalter wird daher in solchen Fällen von dem Recht des § 10 Abs. 2 K.O. Gebrauch machen müssen; dann kann ja der Gemeinschuldner den Prozeß aufnehmen und die beschränkte Haftung geltend machen.

Infolge des Verlustes der Verwaltungsbefugnis ist der Gemeinschuldner des Sonderkonkurses nach Konkurseröffnung auch nicht mehr in der Lage, Prozesse anzufangen, die die Sonderkonkursmasse betreffen. Die Gesellschaft kann also wegen einer Gesellschaftsforderung nicht mehr klagen. Dagegen besteht kein Hindernis, Prozesse zu führen, die sich lediglich auf das Privatvermögen eines Gemeinschuldners beziehen, insbesondere auch dann, wenn der Gegenstand des Prozesses seinen Grund in der Existenz des Sondervermögens hatte. Es kann also trotz des Gesellschaftskonkurses eine Gesellschaftsschuld gegen einen einzelnen Gesellschafter eingeklagt werden. Denn in diesem Fall wird er als persönlich haftender Gesellschafter belangt; der Prozeß betrifft also Nichtsondervermögen, bezüglich dessen er ja das Verwaltungsrecht nicht verloren hat. Ebenso kann auch gegen einen persönlich haftenden Erben, dessen Haftung durch den Nachlaßkonkurs nicht zu einer beschränkten geworden ist, eine Nachlaßverbindlichkeit geltend gemacht werden; denn dieser Prozeß betrifft sein Eigenvermögen und nicht den Nachlaß.

§ 6. Die Rechte des Gemeinschuldners im Sonderkonkursverfahren.

I. Die Rechte des Gemeinschuldners an seinem Vermögen sind dadurch, daß ihm das Verfügungs- und Verwaltungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen ent-

zogen ist, wesentlich geschmälert. Es sind ihm nur in der Konkursordnung selbst einige Rechte eingeräumt worden, die seine speziellen Interessen wahren sollen und die insbesondere auf Grund der Erwägung ihm gewährt wurden, daß er ja die Gestaltung, welche die Aktiv- und Passivmasse während des Konkurses erfahren, sich nach Konkursbeendigung gefallen lassen muß. Dieses Interessenschutzes bedarf aber nicht nur der Gemeinschuldner des Universalkonkurses. Auch im Sonderkonkurs müssen naturgemäß dieselben Gründe dazu führen, dem Gemeinschuldner die gleiche Stellung einzuräumen, welche er haben würde, wenn Universalkonkurs ausgesprochen wäre, ihm also auch die in der Konkursordnung dem Gemeinschuldner vorbehaltenen Rechte zu gewähren.

Diese Interessen beziehen sich zunächst auf die Sonderkonkursmasse; mit Rücksicht auf die häufige Haftung des Gemeinschuldners mit seinem Nichtsondervermögen für Sonderschulden stehen aber auch Nichtsondergutsinteressen in Frage. Da nämlich in gewisser Beziehung die Gestaltung der Passivmasse auch seinem Nichtsondervermögen gegenüber Wirksamkeit hat (z. B. bei der Feststellung s. u.), so müssen insofern auch die persönlichen Interessen bereits im Sonderkonkurs berücksichtigt werden und der Gemeinschuldner in der Lage sein, dieselben geltend zu machen.

Die einzelnen Rechte sind in kurzem folgende:

1. Das Antragsrecht auf Eröffnung des Konkursverfahrens, § 103 Abs. 2 K.O., dementsprechend das Recht auf vorheriges Gehör, wenn ein Gläubiger gemäß §§ 105 Abs. 2 und 3 den Antrag gestellt hat, und das Recht der Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß, § 109 K.O.

2. Das Recht des Antrags auf Einstellung des Verfahrens, § 202 K.O.

3. Das Recht auf Vorschlag eines Zwangsvergleichs, § 173 K.O., sowie das Recht zur Beschwerde gegen die Bestätigung oder Verwerfung eines Zwangsvergleichs, §§ 180 und 182 Abs. 2.

4. Das Recht zur Bestreitung einer angemeldeten Forderung im Prüfungstermin, § 141 K.O.

5. Das Recht zu den Anträgen der §§ 121 (Einsicht in die Postsendungen), 123 (Mitwirkung bei Aufzeichnung der Aktivmasse), 135 (Recht auf Mitteilung des Verwalters von gewissen beabsichtigten Maßregeln und Recht auf vorläufige Untersagung), 160 (Aussetzung einer Abschlagsverteilung

wegen Zwangsvergleichsvorschlags), 165 (Wiedereinsetzung nach Versäumung des Prüfungstermins).

6. Das Recht, gegen die Schlußrechnung des Verwalters Einwendungen zu erheben (§ 86), und das Einsichtsrecht in den Fällen der §§ 124, 140, 151 K.O.

II. Die Frage, wem diese Rechte im Falle eines Sonderkonkurses zustehen, bietet dann keine Schwierigkeit, wenn es sich lediglich um einen einzigen Gemeinschuldner handelt. Denn hier kommen eben diesem allein die betreffenden Rechte zu.

Sind aber mehrere Gemeinschuldner vorhanden, so steht zunächst, wie bereits oben schon ausgeführt wurde, soviel fest, daß das Gesamthandverhältnis, in welchem die Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung standen, durch dieselbe nun nicht plötzlich erloschen ist; vielmehr besteht die gesamthänderische Gebundenheit noch weiter. Reicht nun diese Gebundenheit soweit, daß auch jene Rechte nur von allen von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten gemeinsam wahrgenommen werden können oder ist jeder einzelne derselben in der Lage, die betreffenden Rechte geltend zu machen? Man kann hier drei Hauptmeinungen unterscheiden, wobei allerdings innerhalb der einzelnen Gruppen von Ansichten die einzelnen Fälle nicht immer gleich behandelt werden.

1. Die herrschende Meinung[1]) geht wohl dahin, daß jeder selbständig die Rechte des Gemeinschuldners hat und sie demnach auch allein ohne Mitwirkung der übrigen geltend machen kann. — Jäger geht vom ordentlichen Prozesse aus, in welchem ja auch jeder einzelne der mehreren notwendigen Streitgenossen für sich zwar nicht die materiellen Verfügungen, wohl aber die prozessualen Handlungen vornehmen dürfe; dies gelte grundsätzlich auch im Konkursprozeß. — Als einzige Ausnahme wird natürlich hier das im Gesetz selbst aufgeführte Recht des Zwangsvergleichsvorschlags angesehen, das ja nur von allen gemeinsam ausgeübt werden kann, §§ 211, 230 K.O. Im einzelnen frei-

[1]) So Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 71 ff., Kommentar K.O. §§ 209 Anm. 11 und 214 Anm. 17; Petersen-Kleinfeller K.O. §§ 209 Anm. 6, 214 Anm. 7; Cosack Lehrbuch des Handelsrechts § 109; Wolff K.O. § 209 Anm. 2 bez. der offenen H.G., wo er aber nur den geschäftsführenden Mitgliedern einzeln die Rechte zugesteht (anders hinsichtlich des Nachlaßkonkurses); Nöldeke in Busch's Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 28 S. 355; R.G. J.W. 1895 S. 454 Nr. 7.

lich halten auch die Vertreter dieser Ansicht nicht folgerichtig an ihrem Grundsatz fest (s. u.).

2. Demgegenüber kommt Burchardt[1]) zunächst für die offene Handelsgesellschaft zu dem Ergebnis, daß nach der Konkurseröffnung die Rechte des Gemeinschuldners nur von allen Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit wahrgenommen werden können. Dies folgt nach seiner Ansicht daraus, daß durch die Eröffnung des Konkurses an der gesamthandrechtlichen Gebundenheit der einzelnen Gesellschafter nichts geändert werde; denn nur die gegenseitige Prokura habe ihr Ende erreicht. Nur der Antrag auf Konkurseröffnung stehe jedem einzelnen Gesellschafter selbständig zu; denn zu der Zeit, da die Gesellschafter von diesem Recht Gebrauch machen, sei ja die Konkurseröffnung noch gar nicht erfolgt; deswegen könne auch jeder Gesellschafter kraft der ihm nach § 114 Abs. 1 H.G.B. zustehenden, auf Grund des § 210 Abs. 1 K.O. der Ausnahmevorschrift des § 114 Abs. 2 H.G.B. nicht unterliegenden Vertretungsmacht den Konkursantrag stellen.

Infolge der allgemeinen Anwendung des Gesamthandprinzips müßte auch im Nachlaßkonkurs Burchardt folgerichtig die Wahrnehmung der gemeinschuldnerischen Rechte nur sämtlichen Miterben gemeinsam zugestehen. — Auch Wolff[2]) steht bezüglich des Nachlaßkonkurses bei Erbenmehrheit auf dem Standpunkt, daß die Rechte nur durch einstimmige Rechtshandlung ausgeübt werden können. Er stützt seine Ansicht vor allem auf die §§ 2038 und 2040 B.G.B., legt also ebenfalls das Gesamthandprinzip zu Grunde.[3])

3. Eine Mittelmeinung vertritt Hellmann.[4]) Er räumt jedem Einzelnen die Gemeinschuldnerrechte grundsätzlich ein, während er für den Eröffnungsantrag, das Beschwerderecht gegen den Eröffnungsbeschluß und den Zwangsvergleichsvorschlag einen gemeinsamen Antrag aller verlangt.

Da nun eine generelle Bestimmung im Gesetz nicht getroffen ist, so kann man sich zunächst nur an die in der Konkursordnung geregelten Fälle halten, um aus ihnen

[1]) Feststellung im Konkurs der offenen H.G. S. 65 ff., 81 ff.

[2]) K.O. § 214 Anm. 1.

[3]) Daneben hat er auch auf einige Reichsgerichtsentscheidungen verwiesen (R.G. Bd. 18 S. 272, 25 S. 34, J.W. 1885 S. 92), aus denen aber für die vorliegende Frage nichts zu entnehmen ist.

[4]) Lehrbuch S. 588/609.

eine allgemeine Regel abzuleiten. Nach §§ 210 und 217 K.O. steht jedem persönlich haftenden Gesellschafter, jedem Erben selbständig das Recht zu, den Konkurseröffnungsantrag zu stellen, während ein Zwangsvergleichsvorschlag gemäß §§ 211 und 230 K.O. nur von allen zusammen ausgehen kann. — Schon an die Bestimmungen der §§ 210 und 217 K.O. hat sich infolge der Auffassung Hellmanns, wornach als Gemeinschuldnerantrag nur der gemeinschaftliche Antrag aller behandelt sei, eine Auslegungsfrage geknüpft, die immerhin zweifelhaft sein kann. Hellmann steht demnach auf dem Standpunkt, daß die bei den Fällen des Sonderkonkurses im Gesetz ausdrücklich geregelten Gemeinschuldnerrechte (Antrag auf Konkurseröffnung und Zwangsvergleichsvorschlag) als „vom Gemeinschuldner ausgehend" nur von allen zusammen wahrgenommen werden können. Dies erweckt doch gewisse Bedenken. Bei der Frage nämlich, welche Rechte dem Gemeinschuldner des Sonderkonkurses bei einer Gemeinschuldnermehrheit zustehen, handelt es sich nicht darum, zu untersuchen, welche Wirkung die Ausübung eines solchen Rechtes hervorbringt, sondern lediglich darum, welche Rechte einem Gemeinschuldner im Sonderkonkurs zustehen. Wenn das Gesetz dann bei Stellung des Konkursantrags durch einen einzelnen der von uns als Gemeinschuldner betrachteten Gesellschafter noch verlangt, daß der Konkursgrund glaubhaft zu machen sei und daß die übrigen zu hören seien, so schreibt es ja allerdings einem solchen Antrag dieselbe Wirkung zu, wie einem Gläubigerantrag; denn auch hier muß der Gemeinschuldner nach § 105 K.O. gehört werden, und der Konkursgrund ist glaubhaft zu machen. Aber deshalb ist der Gemeinschuldnerantrag noch lange nicht ein Gläubigerantrag.[1]) Denn es bestehen doch insofern noch erhebliche Unterschiede, als der Gläubiger auch seine Forderung glaubhaft zu machen hat, während der Gemeinschuldner, wenn er den Antrag stellt, ein Verzeichnis seiner Aktiva und Passiva einzureichen hat. Daß gerade die letztere Bestimmung auf den einzelnen aus einer Mehrheit von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten Anwendung findet, stellt Hellmann selbst nicht in Abrede.[2]) Wenn sich also doch einige Ver-

[1]) Es ist freilich auch möglich, daß ein Gemeinschuldner zugleich Gläubiger ist (s. unten); dann bedarf es einer besonderen Prüfung, ob er als Gemeinschuldner oder als Gläubiger den Antrag stellt (z. B. § 104 K.O.).

[2]) Vgl. Motive § 194 K.O.: Die Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit konnte der Einzelperson nicht erlassen werden.

schiedenheiten gegenüber sonstiger Behandlung des Gemeinschuldnerantrags ergeben, so ist doch immerhin zu berücksichtigen, daß es sich in diesen Fällen um die Besonderheit eines Sonderkonkurses handelt, der mehrere Gemeinschuldner hat. Hier müssen doch auch die Interessen der übrigen Gemeinschuldner gewahrt werden; sie können nicht einfach der Willkür eines einzelnen preisgegeben sein und deshalb hat sich das Gesetz genötigt gesehen, den Antrag eines einzelnen Gemeinschuldners zu erschweren. Deswegen bleibt er aber doch Gemeinschuldnerantrag. Es kann also nicht mit Hellmann geschlossen werden, daß der Antrag auf Konkurseröffnung als Gemeinschuldnerantrag behandelt wird, nur wenn er von sämtlichen von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten gemeinschaftlich gestellt worden ist. Dies ergibt sich auch noch aus der Erwägung, daß, wenn nun ein einzelner der von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten den Antrag stellt und die übrigen Gemeinschuldner gehört worden sind, das Gericht nicht zu beachten braucht, ob einer der Gemeinschuldner widerspricht oder nicht; es kann trotz Protestes eines Gemeinschuldners den Konkurs eröffnen. In diesem Falle lag ohne Zweifel ein Gemeinschuldnerantrag vor; denn ein Gläubigerantrag war es nicht und eine dritte Möglichkeit besteht nicht. Der Schluß Hellmanns (S. 589) „soweit nicht die Konsequenz der §§ 210 und 217 reiche, müßten jedem die Gemeinschuldnerrechte selbständig zustehen", ist daher wohl unzutreffend. Vielmehr ist davon auszugehen, daß *das Gesetz zwei Gemeinschuldnerrechte verschieden behandelt hat*. Dies legt auch Burchardt zu Grunde.[1]) Allein seiner Begründung, warum das Antragsrecht jedem einzelnen Gesellschafter allein zustehe, vermag ich nicht beizupflichten. Zwar ist es richtig, daß die Stellung des Eröffnungsantrags vor der Konkurseröffnung erfolgt. Aber dieses Recht zur Stellung des Antrags hat das Gesetz jedem persönlich haftenden Gesellschafter nicht mit Rücksicht auf die nach § 114 Abs. 1 H.G.B. einem jeden zustehende Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt. Dies kann schon deshalb nicht sein, weil diese Befugnis im Einzelfall ja ganz verschieden geregelt sein kann (vgl. § 114 Abs. 2 H.G.B.) und es unverständlich wäre, warum dies dann in § 210 K.O. nicht auch zum Ausdruck gekommen wäre. Burchardt sucht über diese Bedenken ein-

[1]) Die Auffassung Burchardt's rührt zum Teil wohl auch davon her, daß er die Gesellschafter als den Gemeinschuldner bezeichnet.

fach dadurch hinwegzukommen, daß er den Zweck des § 210 K.O. darin erblickt, die Ausnahmevorschrift des § 114 Abs. 2 H.G.B. von der Anwendung für das Recht des Eröffnungsbeschlusses auszuschließen. Von diesem Zweck des § 210 K.O. ist aber in den Motiven nirgends etwas zu lesen. Vielmehr sprechen die Motive (S. 1555 zu § 194) ausdrücklich davon, daß der Konkursantrag keine Handlung sei, welche die Geschäftsführung der bestehenden Gesellschaft betreffe. Freilich hat § 210 K.O. den Ausschluß der Ausnahmevorschrift des § 114 Abs. 2 H.G.B. zur Folge. Aber daß das Gesetz deswegen die Bestimmung getroffen hat, ist sicherlich nicht richtig. Das Gesetz wollte vielmehr jedem der Subjekte des Sondervermögens das Recht einräumen, ohne Rücksicht auf gegenseitige Vertretungsverhältnisse. Dies ergibt sich insbesondere daraus, daß auch jedem einzelnen Erben die Antragsbefugnis eingeräumt worden ist. In diesem Fall kann aber eine Vertretungsbefugnis nicht zu Grunde gelegt werden.[1])

Es ist zu beachten, daß das Recht des Zwangsvergleichsvorschlags gegenüber dem Antragsrecht eines Gemeinschuldners einen durchaus andersartigen Charakter trägt. Der Zwangsvergleichsvorschlag ist der Antrag zu einem Vertragsschluß, nämlich zum Abschluß eines Vergleichs. Die Tatsache daß in Wahrheit nicht jeder Gläubiger zuzustimmen hat, sondern daß eine bestimmte Majorität genügt, kann die Vertragsnatur des Zwangsvergleichs nicht in Frage stellen.[2]) Es handelt sich also um eine rechtsgeschäftliche Verfügung, welche infolge des auch während des Konkurses bestehenden Gesamthandverhältnisses von allen Gemeinschuldnern gemeinschaftlich vorgenommen werden muß.[3])[4]) Da mit der Auflösung der Gesellschaft die gegenseitigen Vertretungsverhältnisse aufgehört haben, so wäre auch nicht etwa ein vertretungsberechtigter Gesellschafter im stande, mit bindender Wirkung für die anderen einen Vergleichsvorschlag zu machen. Zwar hat der einzelne Gemeinschuldner für sich auch ein erhebliches Interesse am Abschluß eines Zwangsvergleichs, schon mit Rücksicht auf seine Haftung mit dem Nichtsondergut. Der

[1]) Deshalb ist aber auch die Ansicht Wolff's (K.O. § 210 Anm. 2) abzulehnen, nach welcher die Gemeinschuldnerrechte nur von den geschäftsführenden Mitgliedern wahrgenommen werden dürfen.

[2]) Vgl. Jäger Kommentar § 173 Anm. 10 und 11.

[3]) Dies ist aber auch die einzige Verfügungshandlung, welche ein Gemeinschuldner während des Konkurses vornehmen kann.

[4]) Vgl. Kohler Lehrbuch S. 90 ff.

Zwangsvergleich ist aber doch ein so wichtiger, grundlegender Vorgang, daß sich notwendigerweise alle an dem Vorschlag zu beteiligen haben. Auch wendet sich der Zwangsvergleichsvorschlag nicht, wie der Eröffnungsantrag, an das Gericht, sondern an die Gläubiger; die gerichtliche Bestätigung des Zwangsvergleichs ist nicht selbst ein Vertragselement, vielmehr analog der obervormundschaftlichen Genehmigung zu behandeln. Durch den Vertragsabschluß trifft der Gemeinschuldner demnach eine Verfügung über sein Vermögen, welche im Sonderkonkurs nur von allen Gemeinschuldnern gemeinsam getroffen werden kann.[1])

Anders der Antrag auf Konkurseröffnung. Zwar bezeichnet ihn Kohler[2]) auch als Dispositionsakt, freilich nur dann, wenn er von allen zusammen gestellt worden ist, während er in dem Antrag eines einzelnen nur einen Anstoß für das Gericht erblickt, kraft öffentlichen Interesses einzuschreiten. Es ist aber doch sehr zweifelhaft, ob zwischen dem Antrag sämtlicher und dem Antrag eines einzelnen ein solcher Unterschied gemacht werden darf. Denn auch im ersteren Fall bedeutet der Antrag lediglich einen Anstoß für das Gericht, im öffentlichen Interesse einzuschreiten. Daß im letzteren Fall das Gericht noch zu prüfen hat, ob der Konkursgrund glaubhaft gemacht ist, und daß außerdem noch sämtliche übrigen Gemeinschuldner zu hören sind, kann dem Antrag eines einzelnen nicht einen ganz anderen Charakter verleihen. Beidemal ist eben eine Entscheidung des Gerichts erforderlich; denn nicht schon durch den gemeinschaftlichen Antrag wird der Zustand des Konkurses herbeigeführt; vielmehr hat das Gericht noch zu prüfen, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Es ist also immerhin bedenklich, hier von einem Dispositionsakt zu sprechen. Gerade dann wäre es nicht recht verständlich, warum nicht bloß den geschäftsführenden Gesellschaftern das Antragsrecht zuerkannt worden ist. Da die Entscheidung des Gerichts auf pflichtgemäßem Ermessen beruht, so liegt hierin eine genügende Gewähr dafür, daß die anderen Gemeinschuldner nicht einseitig in ihren Interessen geschädigt werden, und deshalb bedarf es nicht noch ausdrücklich ihres Antrags. Andererseits hat jeder Gemeinschuldner ein sehr starkes Interesse daran, daß die Ueberschuldung des Sonder-

[1]) Vgl. oben § 4 a. E.

[2]) a. a. O. S. 90 ff.

vermögens nicht noch eine größere wird; denn in allen im Gesetz besonders normierten Sonderkonkursen haften die von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten für die Sonderschulden mit dem Nichtsondergut. Den Antrag von der Zustimmung der anderen Gemeinschuldner abhängig zu machen, würde daher eine zu große Beschränkung eines einzelnen bedeuten. Das Gesetz ist daher mit Recht davon ausgegangen, einem jeden der von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten die Antragsbefugnis selbständig einzuräumen. Wenn demnach schon v o r Konkurseröffnung das Gesetz die persönlichen Interessen des einzelnen Gemeinschafters berücksichtigt, so darf auch speziell n a c h Konkurseröffnung der einzelne der Willkür der anderen nicht preisgegeben sein. Hier besteht noch ein weit größeres Bedürfnis, die persönlichen Interessen des einzelnen zu schützen. Da er auch nicht mehr in der Lage ist, über Gemeinschaftsvermögen zu verfügen, so kann von einer Schädigung der Interessen der übrigen auch nicht die Rede sein, wenn ein einzelner von einem Gemeinschuldnerrechte Gebrauch macht. Dann steht aber auch nicht die Verletzung des Gesamthandprinzips in Frage, wenn jedem einzelnen die Gesamtschuldnerrechte selbständig eingeräumt werden. Denn dieselben sind ausschließlich zum persönlichen Schutz des Gemeinschuldners getroffen, was in den Fällen des Sonderkonkurses im Hinblick auf die etwaige persönliche Haftung mit dem Nichtsondervermögen wohl zu beachten ist.

Weiterhin kommt in Betracht, daß die auf dieses Sondervermögen bezüglichen Rechtsbeziehungen gegenüber den einzelnen Gemeinschaftern in ihrer Eigenschaft als Subjekte des Sondervermögens kraft der gesamthänderischen Verbundenheit nur einheitlich festgestellt werden können. Da nach § 72 K.O. die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung, soweit die Konkursordnung Abweichungen nicht getroffen hat, auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung finden, liegt nach der in § 62 C.P.O. getroffenen Begriffsbestimmung das Verhältnis einer notwendigen Streitgenossenschaft vor.[1]) Wenn es sich nun auch um eine notwendige Streitgenossenschaft handelt, so steht dem doch § 61 C.P.O. nicht entgegen; denn § 62 C.P.O. enthält für die notwendige Streitgenossenschaft nicht eine allgemeine Vorschrift, sondern will nur für einen speziell gelagerten Fall eine Sondernorm geben. Es ist demnach, wie aus § 61

[1]) Ebenso Jäger Kommentar §§ 209 Anm. 11, 214 Anm. 18, 164 Anm. 9, und Hellmann Lehrbuch S. 411.

C.P.O. als der allgemeinen Vorschrift sich ergibt, jeder Genosse selbständig zur Vornahme von Prozeßhandlungen, insbesondere zur Geltendmachung von Angriffs- bezw. Verteidigungsmitteln befugt.[1]) Für die mehreren von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten im Sonderkonkurs als notwendige Streitgenossen sind nun aber Prozeßhandlungen diejenigen Handlungen, zu denen der Gemeinschuldner nach der Konkursordnung befugt ist. Es stehen demnach die Gantschuldnerrechte jedem der mehreren Gemeinschuldner selbständig zu.[2])

Welche Wirkung freilich die Ausübung eines Gantschuldnerrechts durch einen einzelnen der von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten für die übrigen hat, ist nicht ganz unzweifelhaft. Es wäre einerseits möglich, daß die Wahrnehmung eines Rechtes durch einen Gemeinschuldner den anderen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereicht und daß daher jeder, der das betreffende Recht nicht wahrnimmt, diesem Verhalten entsprechend behandelt wird. Andererseits wäre es aber mit Rücksicht auf § 62 C.P.O. denkbar, daß diejenigen, welche das Recht nicht wahrgenommen hatten, durch den fleißigen Gemeinschuldner als vertreten angesehen werden und daß demnach die Wahrnehmung eines Rechts durch einen Gemeinschuldner zu Gunsten der anderen wirkt.[3]) Es scheint mir aber doch fraglich, ob § 62 C.P.O. hier Anwendung findet. Der Gemeinschuldner kann normalerweise den Gang des Konkurses durch Wahrnehmung seiner Rechte nicht beeinflussen; das Konkursverfahren entwickelt sich weiter, ohne daß er grundsätzlich in der Lage wäre, die Weiterentwicklung zu verhindern. Mag er eine Frist versäumen oder in einem Termin ausbleiben, so gereicht dies den Konkursgläubigern in ihrem Verhältnis zur Konkursmasse weder zum Vorteil noch zum Nachteil. Deshalb ist durch sein Verhalten eine einheitliche Entwicklung des Konkurses nicht in Frage gestellt. Nun besteht aber die ratio des § 62 C.P.O. darin, die Entwicklung des Prozesses nicht unnötigerweise aufzuhalten. Diese Gefahr besteht gerade dann, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einigen Genossen versäumt wird.

[1]) Ebenso R.G. Bd 48 S. 420, Gaupp Stein C.P.O. § 62 V und H. M.; a. A. Hellwig Lehrbuch Bd. 3 S. 159 ff., der ein gemeinsames, mindestens aber übereinstimmendes Handeln verlangt.

[2]) Ebenso Jäger a. a. O.; Weißler Nachlaßverfahren S. 309; a. A Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 288/289 bez. der offenen Handelsgesellschaft.

[3]) So offenbar Jäger hinsichtlich des Bestreitungsrechts §§ 164 und 214 K.O.

Da eine einheitliche Feststellung erforderlich ist, so mußte für diesen Fall die Bestimmung des § 62 C.P.O. getroffen werden. Erscheinen jedoch alle Genossen im Termin, so ist betreffs einem sich widersprechenden Verhalten der Genossen eine Bestimmung nicht getroffen. So weit darf § 62 nicht gedehnt werden, daß er auch in solchen Fällen anzuwenden wäre. Dann wäre es ja immer noch fraglich, welches Verhalten bei Widerspruch überhaupt zu Grunde zu legen wäre.[1]) Dieser Grund steht auch der Ansicht Jägers entgegen, wonach die Bestreitung einer Forderung durch einen Gemeinschuldner auch zu Gunsten der anderen wirke. Wie, wenn die übrigen Gemeinschuldner im Termin die Forderung anerkennen? Dann kann doch § 62 C.P.O. nach dem oben Gesagten unmöglich Anwendung finden.[2]) Ich glaube daher, daß die Geltendmachung eines gemeinschuldnerischen Rechtes durch einen der von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten den anderen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereicht.

III. Von den einzelnen Rechten sind noch folgende eingehender zu betrachten:

1. Die Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß, welche nach Hellmann[3]) entsprechend seiner Ansicht über den Gemeinschuldnerantrag nur allen Gemeinschuldnern zusammen zusteht, läßt auch das Reichsgericht[4]) ausdrücklich für jeden Gemeinschuldner selbständig zu. Demnach läuft auch die Notfrist von 14 Tagen, binnen welcher gemäß § 109 K.O. die Einlegung der Beschwerde zu geschehen hat, für jeden Gemeinschuldner selbständig und zwar von dem Tag an, an welchem ihm der Eröffnungsbeschluß zugestellt worden ist. — Ob das Beschwerderecht, wenn nur einer der mehreren Gemeinschuldner den Konkursantrag gestellt hat, den übrigen Gemeinschuldnern zusteht, kann deshalb zweifelhaft sein, weil eine sehr verbreitete Meinung[5]) annimmt, daß dem Gemeinschuldner im Regelkonkurs dann das Beschwerderecht versagt sei, wenn

[1]) Siehe über diese Streitfrage Hellwig Lehrbuch Bd. 3 S. 161, Kisch Begriff und Wirkungen der besond. Streitgenossenschaft S. 88 ff.

[2]) Ebenso Schröder für den Nachlaßkonkurs Z. f. Z. Pr. (Busch) Bd. 28 S. 18.

[3]) Lehrbuch S. 588 und 609.

[4]) R.G. J.W. 1895 S. 484.

[5]) Vgl. Petersen-Kleinfeller K.O. § 109 Anm. 1; Jäger K.O. § 109 Anm. 1, Konkurs der offenen H.G. S. 71; Sarwey-Bossert K.O. § 109 Anm. 3; Völderndorff K.O. § 109; Hellmann Lehrbuch S. 429 Anm. 3; Endemann a. a. O. S. 94.

er selbst Konkursantrag gestellt hat, und weil es sich ja im vorliegenden Fall auch um einen „Gemeinschuldnerantrag" handelt. Freilich zieht kein Anhänger dieser Lehre jene Konsequenz für den Sonderkonkurs, wenn mehrere Gemeinschuldner vorhanden sind, sondern räumt den übrigen Gemeinschuldnern, welche nicht Konkursantrag gestellt haben, das Beschwerderecht ein, während es dem Antragsteller versagt wird. — Allein schon für den Regelkonkurs scheint mir die herrschende Lehre irrig zu sein. Von Kohler[1]) und Kräwel[2]) ist bereits hervorgehoben worden, daß neue Tatsachen eintreten können, die die Konkurseröffnung nicht rechtfertigen würden, sei es, daß der Gemeinschuldner inzwischen zahlungsfähig geworden sei oder daß der Antrag auf irrtümlichen Voraussetzungen beruhe. In solchen Fällen muß die Rückgängigmachung ermöglicht werden. Daran hat auch die Oeffentlichkeit ein nicht unerhebliches Interesse. Andererseits scheint mir aber der Wortlaut des § 109 K.O. selbst gegen die herrschende Meinung zu sprechen. Denn hier wird uneingeschränkt dem Gemeinschuldner das Beschwerderecht zugestanden; hätte das Gesetz es für unseren Fall ausschließen wollen, so wäre es nahe gelegen, dies im Gesetz zum Ausdruck zu bringen. Von einer Frivolität, wie Völderndorff es bezeichnet, wenn man dem beantragenden Gemeinschuldner auch das Beschwerderecht einräumen würde, kann deshalb keine Rede sein, weil eine grundlose Beschwerde ohne jeglichen Wert wäre und der Gemeinschuldner sich wohl hüten wird, sie zu erheben.[3]) [4]) Aber gerade im Sonderkonkurs kommt noch hinzu, daß, wenn einer der Mehreren den Antrag gestellt hat, den Uebrigen das Beschwerderecht nicht versagt sein kann; denn sie müssen in der Lage sein, ihre Interessen zu wahren.

2. Ferner steht jedem der mehreren Gemeinschuldner das Recht zu, vorher gehört zu werden, wenn von dritter Seite, d. h. von einem Gläubiger oder einem anderen Gemeinschuldner, der Konkursantrag gestellt worden ist, §§ 105 Abs. 2 u. 3, 210 u. 217 K.O. Selbst wenn also von Seiten eines anderen Gemeinschuldners der An-

[1]) Lehrbuch S. 543.
[2]) Busch's Z. f. Zivilprozeß Bd. 40, S. 140.
[3]) Ebenso Wolff K.O. §§ 109, 210 Anm. 2.
[4]) Gegen die herrschende Lehre führt Senst Leipziger Zeitschrift Bd. 4 S. 382 sehr beachtenswerte Gründe an, die es doch nicht ratsam erscheinen lassen, das Beschwerderecht dem antragstellenden Gemeinschuldner kategorisch zu versagen.

trag ausgegangen ist, haben die übrigen Gemeinschuldner Anspruch auf Gehör; in der Nichtbeobachtung dieser Vorschrift seitens des Gerichts liegt ohne Zweifel ein hinreichender Beschwerdegrund.

Die aus Gründen der Zweckmäßigkeit getroffene Bestimmung des § 217 K.O., daß die übrigen Erben nur, soweit tunlich, zu hören sind, ist eine mit Rücksicht auf die möglicherweise große Entfernung ihres Wohn- oder Aufenthaltsorts vom Konkursgericht getroffene Ausnahmevorschrift, die einer analogen Anwendung nicht fähig ist.

3. Ebenso hat jeder der von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten im Fall des Konkursverzichts (§ 202 K.O.) das Recht, die Einstellung des Verfahrens zu beantragen. Dies ist auch wieder von einer Reihe von Schriftstellern verneint worden. Hellmann[1]) fordert in Konsequenz seines Gemeinschuldnerantrags auch hier wieder einen gemeinschaftlichen Antrag aller. Im Fall eines Nachlaßkonkurses wollen Schröder[2]) und jetzt auch Jäger[3]) nur einen gemeinschaftlichen Antrag der von uns als Gemeinschuldner Betrachteten auf Einstellung des Verfahrens zulassen. Dies wird damit begründet, daß jeder Erbe einen Anspruch darauf habe, daß der Konkurs fortdauere und vor der Ausschüttung der Masse nicht ohne seinen Willen endige. Für den Nachlaßkonkurs wird außerdem noch auf § 2000 Satz 3 B.G.B. verwiesen, wornach es einer Inventarerrichtung zur Abwendung der unbeschränkten Haftung nur dann nicht bedarf, wenn der Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt worden ist. Geht also der Nachlaßkonkurs auf andere Weise, insbesondere durch Konkursverzicht, zu Ende, so ist der Erbe von der Pflicht zur Inventarerrichtung nicht befreit. — Es ist jedoch zunächst zu beachten, daß eine Einstellung des Konkursverfahrens gemäß § 204 K.O. von Amtswegen ohne Einwilligung des Gemeinschuldners erfolgen kann, wenn ungenügende Masse vorhanden ist.[4]) Daraus ist zu entnehmen, daß von einem Anspruch des Erben auf Fortdauer des Konkurses nicht die Rede sein kann; in diesem Fall könnte ja der Erbe genau dasselbe Interesse daran haben, daß eine Einstellung des Verfahrens ohne seinen

[1]) Lehrbuch S. 589 und 609.

[2]) Busch's Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 28 S. 14.

[3]) Kommentar zur K.O. § 202 Anm. 1 und § 214 Anm. 17; anders Erben-Haftung S. 50 und Konkurs der offenen H.G. S. 72.

[4]) Dies läßt auch Schröder a. a. O. nicht außer Acht.

Willen nicht erfolgt, wie im Falle des § 202 K.O. Hier muß er sich also einfach gefallen lassen, daß er jetzt wieder mit der Pflicht der Inventarerrichtung beschwert wird. Beim Nachlaßkonkurs speziell kommt aber noch in Betracht, daß die Pflicht zur Inventarerrichtung erst dann entsteht, wenn ein Nachlaßgläubiger die Bestimmung einer Frist beantragt hat (§ 1994 B.G.B.). Endlich kommt auch § 2063 B.G.B. in Betracht, wornach die Inventarerrichtung seitens eines Miterben den übrigen Miterben zu statten kommt. Gerade derjenige Erbe aber, welcher die Einstellung des Verfahrens beantragt hat, wird sich auch beeilen, die Inventarerrichtung vorzunehmen. Würde man einem einzelnen Miterben in der Tat das Recht versagen, die Einstellung nach § 202 zu beantragen, so könnte auch folgerichtig nicht einem jeden das Beschwerderecht gegen den Eröffnungsbeschluß eingeräumt werden; denn mit der Konkurseröffnung ist doch das Recht auf Konkursfortdauer — wenn man ein solches überhaupt anerkennen will — entstanden. Das Beschwerderecht schließen aber auch Jäger und Schröder für den einzelnen Miterben nicht aus. Es muß daher auch jeder Miterbe das Antragsrecht des § 202 K.O. haben.

4. Kraft ausdrücklicher Bestimmung, der es übrigens nicht bedurft hätte, sind zum Vorschlage eines Zwangsvergleichs (§ 173 K.O.) nur alle von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten zusammen befugt (§ 230 K.O.). Allein das Beschwerderecht (§ 189) wird doch jedem einzelnen Gemeinschuldner selbständig einzuräumen sein. Denn die Beschwerde richtet sich gegen eine Entscheidung des Gerichts; sie ist eine Prozeßhandlung und hat demnach einen ganz anderen Charakter als der Zwangsvergleichsvorschlag, der als Vertragselement sich an die Gläubiger wendet. Dies ergibt sich schon arg e contrario aus §§ 211 und 230 K.O.[1]) — Ebenso kann aber auch der Wiederholungsantrag des § 182 K.O. von jedem selbständig gestellt werden. Dies wird deswegen bestritten[2]), weil hier ebenfalls der Vergleichswille zum Ausdruck komme. Allein dieser Wille ist bereits in dem gemeinschaftlichen Vorschlag

[1]) Ebenso Schröder für den Nachlaßkonkurs a. a. O. S. 25; Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 80 und 160 Anm. 1; a. A. v Völderndorff K.O. Bd. 2 S. 691; Hellmann Lehrbuch S. 592; Wolff K.O. § 211 Anm. 2; Petersen-Kleinfeller K.O. § 211 Anm. 5.

[2]) Jäger K.O. § 211 Anm. 2; Hellmann Lehrbuch S. 592; früher Jäger anders Konkurs der offenen H.G. S. 160 Anm. 1.

enthalten. Der Antrag des § 182 ist lediglich formaler Natur und betrifft allein das Verfahren. Der einzelne wäre auch unbilligerweise der Willkür der anderen preisgegeben, wenn er nicht allein den Versuch machen könnte, die Gemeinschuldner in eine günstigere Lage zu versetzen. Der frühere Vergleichsvorschlag bleibt eben wirksam; denn in der Unterlassung des Wiederholungsantrags kann noch nicht ein Rücktritt vom Vorschlag seitens des Betreffenden gesehen werden.

5 Endlich hat auch jeder der von uns als Gemeinschuldner Betrachteten *das Recht, eine angemeldete Forderung im Prüfungstermin zu bestreiten*. Gerade dies wird aufs entschiedenste bestritten von Burchardt[1]); nach ihm bricht hier das Gesamthandprinzip in seiner ganzen Reinheit und Macht hervor. Die auf das Gesellschaftsvermögen bezüglichen Verfügungen sind grundsätzlich nur von allen Gesellschaftern zusammen zu treffen; die Bestreitung einer Forderung ist aber gerade keine solche Verfügung[2]). Dazu kommt, daß es eine durch nichts begründete Härte wäre, jeden zur Bestreitung einer Forderung an die Mitwirkung der anderen zu binden und dadurch zu bewirken, daß, sobald einer seine Mitwirkung versagt, die Forderung auch den anderen gegenüber als nicht bestritten gilt. Die herrschende Meinung hat denn auch daran festgehalten, *daß jeder selbständig bestreiten könne*.[3])[4])

IV. Im Zusammenhang mit den oben erörterten Problemen ist hier noch die Frage zu beantworten, ob dem bezw. den von uns als Gemeinschuldner Bezeichneten im Sonderkonkurs auch *eine Unterstützung gemäß §§ 58, 129, 132 K.O.* bewilligt werden kann. Man kann hier nicht von einem Rechte des Gemeinschuldners auf Gewährung von Unterhalt in Form einer Unterstützung sprechen; denn einen Anspruch hat das Gesetz dem Gemeinschuldner nicht eingeräumt. Es ist vielmehr dem freien Willen des Verwalters, des Gerichts, des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung anheimgestellt, ob eine solche

[1]) Feststellung im Konkurs der offenen H.G. S. 65, 67 ff.
[2]) S. darüber eingehend oben § 5 II.
[3]) Ebenso Jäger K.O. §§ 209 Anm. 11 und 214 Anm. 18; Konkurs der offenen H.G. S. 73 ff.; Hellmann Lehrbuch S. 611; Petersen-Kleinfeller K.O. §§ 210/11 Anm. 3; Habicht, Busch's Archiv Bd. 46 S. 382; a. A. Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 289 Anm. 12.
[4]) Ueber die Wirkung der Bestreitung s. u.

Unterstützung gewährt werden soll. Die Frage muß daher hier so gestellt werden, ob die Bewilligung einer Unterstützung in den Fällen des Sonderkonkurses die Zuständigkeit der betreffenden Organe übersteigt. Da die Beschlüsse der Gläubigerversammlung mit absoluter Mehrheit gefaßt werden (§ 94 K.O.), so kann es leicht vorkommen, daß ein überstimmter Gläubiger sich unrechtmäßig benachteiligt fühlt. — Weil nun im Sonderkonkurs nur ein Teil des gemeinschuldnerischen Vermögens vergantet ist, der übrige Teil dem Gemeinschuldner aber zu voller freier Verfügung verbleibt, so ist man an sich geneigt, dem Gemeinschuldner im Sonderkonkurs eine Unterstützung zu versagen und demnach auch die Gläubigerversammlung von dem Recht einer Beschlußfassung darüber auszuschließen. Dafür scheinen auch die Ausführungen der Motive zu den §§ 118 und 120 a. F. K.O. zu sprechen, welche die Berechtigung einer Unterstützung im Universalkonkurs folgendermaßen begründen: „In weiten Kreisen, namentlich in Handelskreisen, sei eine dem Gemeinschuldner wohlwollendere Auffassung vorherrschend, welche es im Hinblick auf die Entziehung des g e s a m t e n Vermögens des Gemeinschuldners und die ihm während des Verfahrens obliegenden Pflichten für billig erachtet, demselben eine Kompetenz aus der Konkursmasse zukommen zu lassen." Auch Weißler[1]) und Schröder[2]) erklären die Vorschriften über Unterhalt und Unterstützung des Gemeinschuldners im Nachlaßkonkurs auf den Erben und dessen Familie für unanwendbar, da ja der Nachlaßkonkurs nicht, wie der ordentliche, den Erben erwerbslos mache, im Gegenteil ihn vor Verlusten schützen soll. — Gerade diese letztere Begründung erweckt aber doch einige Bedenken. Durch die Konkurseröffnung wird der Gemeinschuldner nicht erwerbslos in dem Sinn gemacht, daß er nun von jeglichem Erwerb ausgeschlossen wäre; sondern dadurch, daß ihm die Verfügungsmacht über sein Vermögen entzogen wird, ist er nicht mehr in der Lage, die Einkünfte seines Vermögens zu seinem Unterhalt zu verwenden. Dies kann aber auch beim Nachlaßkonkurs der Fall sein: Der Erblasser hatte z. B. ein Geschäft betrieben, welches nun seine Erben, etwa seine Frau und seine Kinder, weiter betreiben, und aus welchem sie für sich ihren Lebensunterhalt beziehen. Nun wird der Nachlaßkonkurs eröffnet.

[1]) Das deutsche Nachlaßverfahren S. 308; s. aber auch S. 314 Nr. 8.

[2]) a. a. O. S. 37.

Sollte nicht hier den Erben eine Unterstützung bewilligt werden können? Ebenso im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, wo es ja häufig der Fall ist, daß das Einkommen aus dem Betrieb des Handelsgewerbes die einzigen Einkünfte der Gesellschafter bilden. Sollte hier ebenfalls die Möglichkeit einer Unterstützung ausgeschlossen sein? Dies scheint mir eine übertriebene Härte zu sein, die mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck der §§ 129 und 132 nicht vereinbar ist. Eine Garantie dafür, daß nicht in verschwenderischer Weise solche Unterstützungen bewilligt werden, liegt m. E. darin, daß doch stets eine wirkliche Bedürftigkeit die Voraussetzung bildet. Keinesfalls scheint es aber gerechtfertigt, im Sonderkonkurs die Möglichkeit einer Unterstützung des Gemeinschuldners kurzweg auszuschließen.[1])

Freilich könnte es in Konsequenz dieser Ansicht vorkommen, daß einem Gemeinschuldner Unterstützung gewährt wird, obwohl es im Interesse des öffentlichen Anstandes besser unterblieben wäre. Der Erbe, der nicht zu den direkten Hinterbliebenen des Erblassers gehört, weil solche gar nicht vorhanden sind, ist z. B. ein Taugenichts, hat keine Arbeit und geht deshalb die Konkursmasse um Unterstützung an; außerdem war der Nachlaßkonkurs eröffnet, noch ehe er überhaupt die Einkünfte des Nachlasses für sich verwenden konnte. Es wäre geradezu contra bonos mores, wenn man zulassen würde, daß ein solcher Mensch auch noch auf Kosten der Konkursgläubiger unterstützt wird. Man wird deshalb daraus zu folgern haben, daß eine Unterstützung nur dann bewilligt werden kann, wenn infolge der Entziehung des Vermögens durch Konkurseröffnung die Bedürftigkeit des Gemeinschuldners eingetreten ist. Es muß also ein Kausalzusammenhang zwischen der Vermögensentziehung und der Bedürftigkeit bestehen. Dies liegt auch m. E. im Sinne des Gesetzes. Dementsprechend will auch Hörle[2]) dem Erben als solchem nicht schlechtweg die Unterstützung zukommen lassen.

Handelt es sich um eine Mehrheit, so ist jedem gegenüber selbständig zu entscheiden, ob eine Unterstützung zu bewil-

[1]) So Jäger K.O. §§ 129 Anm. 8, 214 Anm. 11; Konkurs der offenen H.G. S. 80; Mager Tod des Gemeinschuldners S. 16 f.; Meyer K.O. § 129; Schröder a. a. O. S. 57; Seuffert Lehrbuch § 48; Schimmelbusch Rhein. Archiv Bd. 107 S. 49; a. A. Schad a. a. O. S. 50.

[2]) Gewährung des notdürftigen Unterhalts Leipz. Z. Bd. 4 S. 353.

ligen ist oder nicht. Wird sie dem einen Gemeinschuldner gewährt, so hat dies deswegen noch nicht die Folge, daß sie auch dem anderen zu gewähren ist; ebenso braucht sie, wenn sie dem einen versagt worden ist, deshalb auch nicht für den anderen ausgeschlossen werden. Die gesamthänderische Gebundenheit kann bei einer solchen lediglich die Person eines Gemeinschuldners betreffenden Frage nicht in Betracht kommen.

§ 7. Die Pflichten des Gemeinschuldners im Sonderkonkursverfahren.

I. Die Konkursordnung hat dem Gemeinschuldner eine Anzahl Pflichten auferlegt in der Erwägung, daß er am besten in der Lage sei, die Konkursverwaltung bei Feststellung der Aktiv- und Passivmasse zu unterstützen. Daraus ergibt sich, daß die Auferlegung dieser Pflichten einzig und allein im Interesse der Konkursgläubiger erfolgt ist und nicht etwa auf ein Verschulden des Gemeinschuldners zurückgeführt werden kann. Denn es wäre nicht einzusehen, warum sonst der Gemeinschuldner Auskunft zu geben hätte oder sich nur mit Erlaubnis des Gerichts von einem Wohnort entfernen dürfte.

Derselbe Grundgedanke muß aber auch im Sonderkonkurs dazu führen, dem Gemeinschuldner jene Pflichten aufzuerlegen. Denn er ist wohl am besten im Stande, die das Sondervermögen betreffenden Verhältnisse rasch und sicher aufzuklären und damit die Befriedigung der Gläubiger zu beschleunigen. Er ist daher nach § 100 K.O. verpflichtet, dem Verwalter, Gläubigerausschuß und auf Anordnung des Gerichts auch der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu erteilen. Die herrschende Meinung[1]) erkennt dies durchaus an; nur Völderndorff[2]) hat eine abweichende Ansicht hinsichtlich des Nachlaßkonkurses vertreten; denn der Erbe stehe ja außerhalb des in der Gant begriffenen Vermögens; er bekomme nur, was übrig bleibe; weitere Beziehungen zum Nachlaß habe er nicht, eine Verpflichtung zur Aus-

[1]) Jäger K.O. §§ 209 Anm. 12, 214 Anm. 13 u. 17, 106 Anm. 4; Konkurs der offenen H.G. a. a. O.; Petersen-Kleinfeller K.O. §§ 209 Anm. 6 und 214 Anm. 7; Hellmann a. a. O. S. 589 und 607; Endemann a. a. O. S. 50/51; Seuffert S. 298; Schröder a. a. O. S. 14 ff.

[2]) Kommentar zur K.O. § 205 g.

kunftserteilung sei nur insoweit anzuerkennen, als das bürgerliche Recht sie dem Erben auferlegt habe. Vermöge seiner Stellung als Gemeinschuldner muß jedoch auch der Erbe die konkursrechtliche Verpflichtung der Auskunftserteilung auf sich nehmen. Denn wenn der Erbe bis zur Nachlaßkonkurseröffnung im Besitz des Nachlasses war, so vermag er doch mindestens über die Wechselfälle zwischen dem Erbfall und der Konkurseröffnung als seitheriger Besitzer und Verwalter Auskunft zu geben. Für die Zeit vor dem Erbfall und namentlich dann, wenn der Nachlaß gar nicht in die tatsächliche Gewalt der Erben gekommen ist, wird doch in der Regel der Erbe die einzige Person sein, vielleicht mit Rücksicht auf die verwandtschaftliche oder sonst nahe Stellung zum Erblasser, Angaben über den Nachlaß zu machen.

II. Zur Erzwingung dieser Pflicht hat die Konkursordnung mehrere Mittel aufgestellt:

1. So darf sich der Gemeinschuldner nach § 101 Abs. 1 K.O. von seinem Wohnort nur mit Erlaubnis des Gerichts entfernen.

2. Gemäß § 101 Abs. 2 kann das Gericht die zwangsweise Vorführung und eventuell die Haft des Gemeinschuldners anordnen, wenn er seine gemeinschuldnerischen Pflichten nicht erfüllt oder wenn es zur Sicherung der Masse erforderlich erscheint.

3. Nach § 125 endlich kann der Gemeinschuldner nach Anfertigung des Inventars zum Offenbarungseid geladen werden.

Auch diese Zwangsmittel finden auf die von uns als Gemeinschuldner bezeichneten Personen des Sonderkonkurses Anwendung; es hat also der Gemeinschuldner und bei Mehrheit jeder Gemeinschuldner den Offenbarungseid zu leisten und sich dem Wohnungszwang zu unterwerfen; ferner kann jeder Gemeinschuldner, wenn er die ihm obliegenden Pflichten nicht erfüllt, in Haft genommen werden.[1]) — Der Offenbarungseid hat dahin zu lauten, daß er die bei Konkurseröffnung zu dem Sondervermögen, sei es nun zum Gesellschaftsvermögen, sei es zum Nachlaß, gehörigen Vermögensbestandteile nach bestem

[1]) Ebenso Jäger K.O. §§ 101 Anm. 5, 209 Anm. 12, 214 Anm. 13; Seuffert a. a. O.; Meyer K.O. S. 308; Petersen-Kleinfeller K.O. § 214 Anm. 7; Hellmann, Endemann a. a. O.; Protokolle S. 117.

Wissen so vollständig angegeben habe, als er dazu im stande sei.[1])

Gerade bezüglich des Nachlaßkonkurses ist es nun aber streitig geworden, ob der Erbe auch den Zwangsmaßregeln der Konkursordnung ausgesetzt sei. Vor allem haben sich zahlreiche Schriftsteller[2]) dagegen ausgesprochen, daß der Erbe den Offenbarungseid des § 125 K.O. zu leisten habe. Man hat in erster Linie eingewendet, daß ja sonst der Erbe über eine ihm ganz fremde Vermögensmasse einen Eid leisten müsse. Völderndorff bemerkt dazu noch: Ich wüßte auch nicht, weshalb dadurch, daß mich der Privatier F. zu seinem Erben einsetzt, mir die Pflicht, einen Eid über den Vermögensstand des F. zu leisten, erwachsen sollte. Die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides ist aber auch gar nicht die Folge der Erbeinsetzung, sondern aus einer gesetzlichen Pflicht, welche dem Erben obliegt, entsprungen, nämlich der Auskunftspflicht. — Wenn der Erbe den Nachlaß an den Konkursverwalter herauszugeben hat, so hatte er bereits vorher tatsächlichen Besitz ergriffen. Selbst wenn er aber die tatsächliche Gewalt noch nicht hatte, besteht immerhin möglicherweise der Verdacht der Kenntnis, etwa infolge der nahen Beziehungen zum Erblasser; schon deshalb wird er auch im letzteren Fall zum Offenbarungseid verpflichtet sein und zwar gemäß § 260 Abs. 1 Fall 2 B.G.B. Daß an Stelle des Offenbarungseids des § 125 K.O. nicht derjenige des § 2006 B.G.B. treten kann[3]), haben eingehend schon die Motive zum Bürgerl. Gesetzbuch[4]) ausgesprochen.

Bezüglich der übrigen Zwangsmittel wird insbesondere eingewendet, daß eine so weitgehende Rechtsbeschränkung wie die Aufenthaltsbeschränkung nur durch Eintritt des Konkursgrundes in der Person des Betroffenen, nicht durch bloßen Erbgang vermittelt werden könnte.[5]) Ferner wird betont, daß gerade die Mittel des § 101 K.O. außergewöhn-

[1]) Jäger K.O. § 125 Anm. 9.

[2]) Völderndorff K.O. § 205 g; Wilke B.G.B. § 1975; Scheler Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 65; Harburger K.O. § 214; Weißler a. a. O. S. 307; Kohler Lehrbuch S. 313; Siméon Recht und Rechtsgang II S. 586.

[3]) So in der Tat Siméon a. a. O.; ob der Erbe den Offenbarungseid nach § 125 K.O. oder nach § 2006 des B.G.B. zu leisten hat, ist deshalb von Bedeutung, weil die Abhaltung des Termins im ersteren Fall gebührenfrei ist, vgl. §§ 56 u. 43 G.K.G.

[4]) Motive zu B.G.B. V S. 609 und 671.

[5]) Oetker Z. f. Zivilprozeß Bd. 25 S. 22.

liche Maßregeln enthalten, die nur auf denjenigen anwendbar seien, der durch seine Zahlungsunfähigkeit den Konkurs herbeigeführt habe, der deshalb schärfer angefaßt werden müsse und gegen den das Gesetz diese Mittel auch richte; der Erbe, der mit der Konkurseröffnung nichts zu tun habe, sondern nur in die bereits vorhandene Vermögenslage eintrete, könne von so außerordentlichen Bestimmungen, die noch als Nachklänge der Schuldhaft anzusehen seien, nicht betroffen werden.[1]) Josephson[2]) endlich wendet noch ein, daß ja das Schicksal, Erbe zu werden, schließlich jeden Menschen unschuldig treffen könne und daß der Berufene Erbe sei, selbst wenn er vom Anfall der Erbschaft gar nichts wisse. — Gerade dieser letztere Einwand kann aber deshalb nicht durchschlagen, weil ja vor Annahme der Erbschaft der Erbe zu nichts verpflichtet ist und weil ja schließlich jemand nicht Erbe werden muß, wenn er nicht will. Im übrigen ist auch wieder zu beachten, daß die Zwangsmittel des § 101 K.O. lediglich dazu dienen, um für die Erfüllung der Auskunftspflicht die nötigen Garantien zu schaffen. Wenn nun der Erbe schon verpflichtet ist, Auskunft zu erteilen, so müssen doch selbstredend auch diese Zwangsmaßregeln auf ihn anwendbar sein; denn sonst wäre die Statuierung jener Pflicht ziemlich bedeutungslos. — Wenn man diese Zwangsmittel auch als Nachklänge der Schuldhaft auffaßt, so ist dies doch noch kein Beweis dafür, daß sie auf den Erben im Nachlaßkonkurs unanwendbar seien.

Freilich können gerade bei strenger Durchführung der soeben erörterten Grundsätze leicht Härten entstehen, die die Frage nahe legen, ob nicht ein Ausweg zu finden ist. Der Erblasser hat z. B. in Stuttgart gewohnt, während die Erben in Hamburg und Königsberg wohnen. Es wäre zweifellos eine unbillige Beschränkung, wenn man den in Hamburg und Königsberg wohnenden Erben auferlegen wollte, nur mit Erlaubnis des Konkursgerichts sich von ihrem Wohnort zu entfernen. Abgesehen davon, daß die Durchführung dieser Maßregel auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen würde, hätte es in den meisten Fällen wohl auch keine praktische Bedeutung, den Erben eine solche Verpflichtung aufzuerlegen. — Das Gesetz ging vielmehr bei der Normierung des § 101 K.O. von dem Regelfall aus, daß der Wohnort des Gemeinschuldners sich am Sitze des Konkursgerichts befinde und daß der Gemeinschuldner daher

[1]) Schröder a. a. O. S. 14 ff.

[2]) Hanseatische Gerichtszeitung 1900 Beil. 4 S. 43.

jederzeit zur Aufklärung herangeholt werden könnte. Bei einer so erheblichen Entfernung muß aber naturgemäß der Wert einer von einem Erben eingeholten Auskunft erheblich an Bedeutung verlieren, so daß ein wirkliches Interesse für die Konkursgläubiger nicht mehr besteht. In solchen Ausnahmefällen hat daher das Konkursgericht in weitem Maße Dispens zu erteilen[1]), womit aber nicht gesagt sein soll, daß diese Dispenserteilung grundsätzlich für jeden Erben zu erfolgen habe.

III. Von den sonstigen Beschränkungen der K.O. ist insbesondere noch zu erwähnen, daß nach § 121 K.O. alle für den Gemeinschuldner eingehenden Sendungen und Briefe dem Verwalter auszuhändigen sind. Auch diese Bestimmung findet im Sonderkonkurs Anwendung, allerdings mit der Einschränkung, daß nur die an den Gemeinschuldner als Subjekt des Sondervermögens gerichteten Sendungen dem Verwalter auszuhändigen sind, beim Konkurs der offenen Handelsgesellschaft also die an die Firma, beim Nachlaßkonkurs die an den Erblasser bezw. an den Erben als solchen gerichteten Sendungen.[2])

§ 8. Die Wirkungen der Sonderkonkurseröffnung auf die sonstige Stellung des Gemeinschuldners.

I. Die Konkurseröffnung hat für den Gemeinschuldner, abgesehen von seinem Verhältnis zur Konkursmasse, zur Folge, daß er eine Reihe von Ehren- und Rechtsminderungen erleidet, die teils bürgerlich rechtlicher, teils öffentlich rechtlicher Natur sind. So endigt mit der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses die Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns (§ 1419 B.G.B.); nach § 1647 B.G.B. endigt in demselben Zeitpunkt die Vermögensverwaltung des Vaters; nach § 1781 B.G.B. soll zum Vormund während der Dauer des Konkurses nicht bestellt werden, wer in Konkurs geraten ist.[3]) — Ferner verlieren Personen, über deren Vermögen Konkurs oder Fallitzustand gerichtlich eröffnet worden ist, für die Dauer des Verfahrens das aktive und passive Wahlrecht zum deutschen Reichstag, vgl. Wahlgesetz vom

[1]) Jäger K.O. § 101 Anm. 5.

[2]) Jäger K.O. § 121.

[3]) Weitere bürgerlich rechtliche Beschränkungen s. in §§ 1543, 1792, 1866 Z. 2, 1878, 1886, 1895, 1897, 1915 B.G.B.

31. Mai 1869 §§ 3 Satz 2, und 4, vgl. auch § 142 Abs. 2 Ziff. 2 württ. V. U. Solche Personen sind weiterhin unfähig zum Amt eines Schöffen (§ 32 Ziff 3 G.V.G..), eines Geschworenen (§ 85 Ziff. 2 G.V.G.), eines Handelsrichters (§ 113 Abs. 3 G.V.G.); sie können nicht zur Rechtsanwaltschaft zugelassen werden (§ 5 Ziff. 3 R.A.O.) und sind nach §§ 7, Abs. 1 Ziff. 3, und 6 Börsengesetz vom Börsenbesuch ausgeschlossen.[1])

Diese Bestimmungen sind nicht deshalb getroffen worden, um ein geordnetes Verfahren zu ermöglichen und die Interessen der Konkursgläubiger zu schützen. Denn von allen diesen den Gemeinschuldner treffenden Beschränkungen haben gerade die Konkursgläubiger keine Vorteile. Der Gesetzgeber ging vielmehr davon aus, daß eine Person, über deren Vermögen der Konkurs ausgebrochen ist, im wirtschaftlichen Leben als eine „bedenkliche Person" gebrandmarkt sei und daß er infolgedessen die jedem Bürger im öffentlichen Leben eingeräumte Vertrauens- und Ehrenstellung nicht mehr einnehmen könne.[2]) Ein Teil jener Bestimmungen freilich, namentlich die bürgerlich rechtlichen, sind auch zum Schutz gewisser Personen getroffen, sei es der Ehefrau, der Kinder oder der Mündel, deren Vermögen und Interesse gefährdet erscheint. Allein durch den Schutz dieser Personen wird für die Konkursmasse selbst nichts gewonnen. Schon deshalb sind diese Beschränkungen scharf zu trennen von den Beschränkungen, welche die Konkursordnung dem Gemeinschuldner zwecks Durchführung eines geordneten Verfahrens auferlegt hat (s. o. § 7). Die außerhalb des Konkurses eintretenden Rechtsminderungen haben daher mit dem Verfahren selbst nichts zu tun.

II. Da nun im Sonderkonkurs nur ein Vermögensteil des Kridars die Konkursmasse bildet, so entsteht die Frage, ob diese Tatsache genügt, um die soeben erwähnten Beschränkungen uneingeschränkt auf den bezw. die Kridare des Sonderkonkurses anzuwenden, oder ob sie nur den Gemeinschuldner des Universalkonkurses treffen.

[1]) Weitere öffentlich rechtliche Beschränkungen s. § 10 Abs. 1 R.G. vom 27. VII. 1877; §§ 2 Satz 3, u. 6 Satz 4 R.G. vom 21. V. 1900; §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 1, 21 Abs. 1 Gew. Ger.-Gef.; §§ 91 Abs. 2, 93 a Abs. 1, 2 u. 4, 95 a Abs. 2, 94 b, 103 b Satz 1, 103 c Satz 4 Gew. O.; §§ 10 Abs. 1 S. 5, 13 Abs. 2, 15 Abs. 2 Kaufm. ger. Gef.; § 12 Abs. 2 Z. 2 R.V.O.

[2]) Motive zu §§ 1419 u. 1647 B.G.B.

Die Meinung, welche den Universalkonkurs als Voraussetzung für den Eintritt jener Beschränkungen fordert, wird insbesondere von Cosack[1]) und Meurer[2]) vertreten. Obwohl auch der erstere die Rolle des Gemeinschuldners im Gesellschaftskonkurs den Gesellschaftern zuweist, will er doch das Reichstagswahlrecht den Gesellschaftern belassen, weil diese eben mit ihrem Privatvermögen konkursfrei geblieben seien. Meurer hingegen geht davon aus, daß im Gesellschaftskonkurs wenigstens nach außen die sämtlichen Gesellschafter nicht als Gemeinschuldner anzusehen seien, da der Charakter der Konkursfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft lediglich ein formeller sei; deshalb könne ihnen auch nicht das Reichstagswahlrecht abgesprochen werden. Diese Ansicht wird offenbar auch von Hellmann[3]) geteilt. Er erwähnt zwar bloß beim Nachlaßkonkurs, daß jene persönlichen Wirkungen den Erben nicht treffen; aus der Begründung aber, daß nur diejenige physische Person von diesen Wirkungen betroffen werde, über deren Gesamtvermögen der Konkurs eröffnet worden sei, ist zu entnehmen, daß er überhaupt für die Fälle des Sonderkonkurses, also auch für den Gesellschaftskonkurs, den Eintritt jener Folgen verneint.

Andere Schriftsteller[4]) haben sich nur bezüglich der bürgerlich rechtlichen Folgen ausgesprochen und übereinstimmend die Anwendbarkeit derselben auf die Fälle des Sonderkonkurses verneint. Ihre Ausführungen lassen aber unbedingt ein argumentum a maiore ad minus zu. Denn wenn schon diejenigen persönlichen Folgen, welche den Schutz gewisser Personen bezwecken, für den Sonderkonkurs unanwendbar sind, so muß dies umso mehr für die öffentlich rechtlichen Beschränkungen gelten, deren Zweck ja sicherlich nicht Schutz irgend welcher Personen ist.

Im Gegensatz hiezu stehen zahlreiche Schriftsteller[5]) auf dem Standpunkt, daß jene Rechts- und Ehren-

[1]) Lehrbuch des Handelsrechts 1910 § 197 IV 3.
[2]) Juristische Personen 1901 S. 127 ff.
[3]) Lehrbuch S. 608.
[4]) Planck-Unzner B.G.B. §§ 1419 u. 1647; Staudinger B.G.B. §§ 1419 u. 1647 Anm. 1; Kommentar von Reichsgerichtsräten B.G.B. §§ 1419 Anm. 4 u. 1781 Anm. 2; Eck-Leonhard Vorträge S. 431 Z. 3; Dernburg Bürg. Recht Bd. 4 § 50 III u. § 111 IV 3.
[5]) Jäger K.O. §§ 1 Anm. 64 u. 214 Anm. 5; Konkurs der off. Handelsgesellschaft S. 84 ff.; Voraussetzungen eines Nachlaßkonkurses S. 9 Anm. 3; Erbenhaftung S. 49; Alfred Schultze Z. für Handelsrecht Bd. 47 S. 515; Staub H.G.B. § 131 Anm. 11; Petersen-Kleinfeller §§ 209 Anm. 6 u. 214 Anm. 7.

minderungen dann mit der Eröffnung eines Sonderkonkurses verbunden seien, wenn der Gemeinschuldner normalerweise den Vermögensverfall zu verantworten habe. Obwohl die capitis deminutio im Universalkonkurs auch den schuldlosen Kridar treffe, gehe das Gesetz doch unverkennbar von einem Mißtrauen gegen den Gemeinschuldner aus. Es vermute, daß der Gemeinschuldner die Schuld an der Abwirtschaftung trage; wo nach der Natur des Sonderkonkurses ein solcher Verdacht unbegründet sei, bleiben jene Vorschriften unanwendbar. Auch könne eine Einschränkung auf Universalkonkurse mit dem Wortlaut des § 1781 Z. 3 B.G.B. schwerlich als vereinbar erklärt werden. Deshalb treffen wohl im Gesellschaftskonkurs die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Einschränkungen die Gemeinschuldner, also die Gesellschafter nicht aber im Nachlaßkonkurs den Erben; denn dieser sei für die Abwirtschaftung des Erblassers nicht verantwortlich. Dafür spreche auch die Rücksicht auf das Interesse des Mündels und den öffentlichen Anstand, welche gerade im Gesellschaftskonkurs die Entziehung der Vormundschaft erforderlich mache. Diese Ansicht welche den Hauptnachdruck auf die Verantwortlichkeit für die Abwirtschaftung legt, steht mit ihrer Argumentation im Einklang mit zahlreichen ausländischen Gesetzgebungen und Rechtsprechungen[1]); in der Regel wird auch dort die Verschuldung des Konkurses vermutet; es tritt jedoch im Falle des Nichtverschuldens fast in allen Ländern eine förmliche Rehabilitation ein.

III. Was nun zunächst das Hauptargument Jägers, nämlich die Verantwortung für den Vermögensverfall betrifft, so ist es doch zweifelhaft, ob der Gesetzgeber bei Normierung jener Beschränkungen von einem vermuteten Verschulden des Gemeinschuldners ausgegangen ist. Der Hinweis auf die ausländische Gesetzgebung kann m. E. deshalb nicht genügen, weil gerade nach ausländischem Recht eine Rehabilitation des Gemeinschuldners in seine Ehrenrechte ermöglicht ist, während das deutsche Recht eine solche nicht kennt. Nach deutschem Recht geht der Gemeinschuldner im Regelkonkurs für die ganze Dauer des Verfahrens jener bürgerlichen und staatsbürger-

[1]) So Frankreich Lyon Caen et Renault traité de droit commercial Nr. 979 ff., 1127; Oesterreich Pollak Konkursrecht S. 445; Belgien Konkursgesetz § 586; Holland Art. 206 ff. Konkursgesetz; Spanien Art. 920 ff. Konkursgesetz.

lichen Rechte verlustig. Es wird keine Untersuchung darüber angestellt, ob ihn an seinem Vermögensverfall ein Verschulden trifft oder nicht. Wie Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 86, ganz zutreffend hervorhebt, treffen eben jene Rechts- und Ehrenminderungen den an seinem Vermögensverfall vollkommen schuldlosen, wie den skandalösesten und skrupellosesten Kridar. Bei einem solchen Rechtszustand kann man aber schwerlich davon reden, daß der Gesetzgeber von der Verantwortung für den Vermögensverfall ausgegangen ist. Freilich wird ein allgemeines Mißtrauen zu Grunde gelegt; daß aber dieses Mißtrauen nur dann begründet sei, wenn er die Verantwortung dafür trage, ist nirgends ausgesprochen. Es genügt die Tatsache der Konkurseröffnung, den Gemeinschuldner in der öffentlichen Meinung herunterzusetzen, gleichviel, wie er gewirtschaftet hatte, ob er Unglück hatte oder ob vielleicht aus Leichtsinn der wirtschaftliche Zusammenbruch herbeigeführt worden war. Wegen der dadurch bewiesenen Unfähigkeit, sein Vermögen zu verwalten, kann er die allgemeine Vertrauensstellung im wirtschaftlichen Leben nicht mehr einnehmen. Deshalb betonen Staudinger und Planck zutreffend, es komme nicht in Betracht, ob der Vater den Konkurs verschuldet habe oder nicht. Damit ist m. E. mindestens nicht bewiesen, daß das Gesetz von einer Vermutung der Verschuldung des Vermögensverfalls ausgeht. Selbst wenn sich dies feststellen ließe, so wäre immer noch nicht einzusehen, wodurch es berechtigt wäre, gerade im Sonderkonkurs bloß die normalerweise verantwortlich zu machenden Gemeinschuldner mit diesen Rechtsnachteilen zu belasten, obwohl im Universalkonkurs der schuldhafte und schuldlose Kridar einander gleichgestellt sind. Wenn wegen des befriedigenden Ergebnisses im Nachlaßkonkurs der Erbe von diesen Beschränkungen befreit wird, so kann dies unmöglich die Folge davon sein, daß der Nachlaßkonkurs ein Sonderkonkurs ist. Der wahre Grund ist vielmehr nur darin zu sehen, daß es sich in diesem speziellen Fall um eine Vermögensmasse handelt, die im Wege der Erbfolge auf einen anderen übergegangen ist; mit dem Sonderkonkurs als solchem hat aber dieser Uebergang nichts zu tun.

Wenn Jäger ferner ein soziales moralisches Moment hervorhebt und betont, daß gegenüber Gesellschaftern, welche in sträflicher Weise abgewirtschaftet und den Gläubigern die empfindlichsten Vermögensverluste zugefügt haben, die Rücksicht auf das Interesse des Mündels und den öffent-

lichen Anstand eine Entziehung der Vormundschaft und des Wahlrechts ebenso fordern, wie beim Privatkonkurs der Einzelperson, so könnte man fragen, ob denn dann ein so großer Unterschied gegenüber dem Vorstand einer juristischen Person besteht, der in unverantwortlicher Weise das seiner Verwaltung anvertraute Vermögen ruiniert hat. Würde nicht einen solchen mit Recht dieselbe Herabminderung im öffentlichen Leben treffen müssen, wie jene skrupellosen Gesellschafter, oder soll der Umstand, daß die herrschende Meinung die offene Handelsgesellschaft nicht als juristische Person auffaßt, einen so fundamentalen Unterschied begründen? Dieses Resultat wäre doch zu unbefriedigend.

Es bleibt daher noch die Frage übrig, ob nicht gerade infolge des Begriffs des Sonderkonkurses die Anwendbarkeit jener Vorschriften auf den Gemeinschuldner ausgeschlossen ist. Dazu ist zunächst der in Betracht kommende Wortlaut der einschlägigen Gesetzesstellen einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Nach § 3 des Wahlgesetzes sind vom Wahlrecht Personen ausgeschlossen, über deren Vermögen Konkurs oder Fallitzustand eröffnet worden ist; § 32 G.V.G. bestimmt, daß Personen, welche infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind, zu dem Amt eines Schöffen unfähig sind. Nach § 1419 B.G.B. endigt die Verwaltung und Nutznießung mit Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Mannes eröffnet wird. Nach § 1781 Z. 3 soll zum Vormund nicht bestellt werden, wer in Konkurs geraten ist. — Aus dem verschiedenen Wortlaut dieser Gesetzesstellen kann nun nicht geschlossen werden, daß der Sinn in dem einen Fall ein verschiedener sei als in dem anderen. Jene Rechtsnachteile treffen eben einfach Personen, über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß hierunter nur Personen zu verstehen seien, über deren Gesamtvermögen Konkurs eröffnet worden ist. — Andererseits ist auch nicht zu folgern, daß auf Grund jenes Wortlauts die Ehrenminderungen den Gemeinschuldner des Sonderkonkurses ohne weiteres treffen. Daher ist auch die Argumentation von Petersen-Kleinfeller[1]) nicht richtig, welcher die Beschränkung in der Verfügung über einen Vermögensteil der Beschränkung in der Verfügung über das

[1]) K.O. § 209 Anm. 6.

Vermögen kurzweg gleichstellt und infolgedessen die öffentlich rechtlichen Wirkungen für jeden Gesellschafter eintreten läßt. Für den Erben im Nachlaßkonkurs zieht er freilich diese Konsequenz nicht, sondern sagt ohne jede Begründung, daß den Erben die öffentlich rechtlichen Wirkungen nicht treffen.

In erster Linie ist vielmehr der Sinn und Zweck der verschiedenen Gesetzesbestimmungen ins Auge zu fassen. Die Rechts- und Ehrenminderungen stehen außerhalb jeder Beziehung zum Konkursverfahren selbst. Sie treten ein, weil das Gesetz davon ausgeht, daß der Gemeinschuldner, nachdem ihm durch die Eröffnung des Konkurses sein Vermögen entzogen worden war, nicht mehr die Vertrauensstellung einnehmen könne, die er vorher besaß. Dieses Vertrauen, das der Gemeinschuldner im öffentlichen Leben genoß, beruhte aber gerade auf seinem Vermögen, auf Grund dessen ihm Kredit gewährt wurde. Durch die gerichtliche Sanktionierung der Zahlungsunfähigkeit ist dieses Vertrauen erschüttert und untergraben, so daß der Gemeinschuldner herabgewürdigt ist. Diese Herabwürdigung tritt aber dann nicht zutage, wenn der Konkurs offenbar nicht das Ergebnis eigenen Wirtschaftens ist, sich also nicht auf mangelnde Wirtschaftlichkeit des gegenwärtigen Inhabers zurückführen läßt. Dies ist der Fall beim Nachlaßkonkurs, da die Bewirtschaftung des Nachlaßvermögens bisher dem Erblasser oblag. Dagegen wird das Gleiche nicht beim Konkurs der offenen Handelsgesellschaft anzunehmen sein; denn bei ihr liegt die eigene Bewirtschaftung klar zutage. Es ist auch eine Erfahrungstatsache, daß bei einem Handelsgesellschaftskonkurs die Oeffentlichkeit sich gar keine Gedanken darüber macht, daß nun hier eine „Gesellschaft" in Konkurs geraten ist; man spricht vielmehr allgemein davon: Der X und Y (die Gesellschafter) sind verarmt! Deshalb sind beim Konkurs der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter denselben Rechtsbeschränkungen, öffentlich-rechtlicher wie bürgerlich-rechtlicher Natur, zu unterwerfen, nicht aber der Erbe im Nachlaßkonkurs. Dieses Ergebnis, zu welchem Jäger mit Recht kommt, kann allein als befriedigend bezeichnet werden.

§ 9. Die eventuell strafrechtliche Haftung des Gemeinschuldners.

I. Im Gegensatz zu den Beschränkungen des letzten Paragraphen sind in den §§ 239—244 K.O. Strafbestimmungen getroffen worden, welche lediglich den Schutz der Gläubigergesamtheit bezwecken. Da auch in den Fällen des Sonderkonkurses die Gläubiger eines solchen Schutzes bedürfen, so würde es schon allein der legislative Grund rechtfertigen, die Vorschriften auch auf den bezw. die Gemeinschuldner des Sonderkonkurses anzuwenden. Da zur Begründung der Strafbarkeit einer Handlung jedoch Analogieschlüsse unzulässig sind (§ 2 Abs. 1 St.G.B.), so bedarf es einer Untersuchung darüber, ob der Wortlaut des Gesetzes die Anwendung jener Vorschriften auf den Sonderkonkurs rechtfertigt.

Das Gesetz bedroht in den §§ 239 ff. K.O. mit Strafe den Schuldner, welcher seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Wie schon im letzten Paragraphen ausgeführt wurde, kann aus diesem Wortlaut ein sicherer Schluß darauf nicht gezogen werden, ob das Gesetz damit nur den Gesamtkonkurs im Auge hat. Anders aber als die bürgerlich und öffentlich rechtlichen Rechtsminderungen wollen diese Beschränkungen die Gläubiger gegen unlautere Manipulationen ihres Schuldners sowie gegen dessen Versäumung von Pflichten eines ordentlichen Kaufmanns schützen, deren Erfüllung eine gewisse Garantie für den ungestörten Fortgang des Geschäftsbetriebs gewähren und deren Nichterfüllung die Gläubiger zu gefährden geeignet ist. Gerade dieser Zweck kann aber unmöglich bloß auf die Fälle des Gesamtkonkurses beschränkt werden. Sonst wären die Gläubiger des Sonderkonkurses schutzlos ihrem Schuldner preisgegeben, der in gewissenlosester Weise Benachteiligungshandlungen vornehmen könnte, ohne dafür zur Verantwortung gezogen zu werden. Für den Sonderkonkurs leitet Jäger[1]) dies auch aus der Nichterwähnung der offenen Handelsgesellschaft in § 244 K.O. ab. Die

[1]) Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 83.

Strafbestimmungen finden daher auch auf den Gemeinschuldner des Sonderkonkurses Anwendung.[1])

II. Da die Konkursverbrechen und -vergehen nur von Schuldnern begangen werden können, welche ihre Zahlungen eingestellt oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, so kann es bei Vorliegen eines Universalkonkurses grundsätzlich auch nicht vorkommen, daß diese Delikte in Mittäterschaft begangen werden; denn im Universalkonkurs gibt es nur einen Gemeinschuldner. Hat daher ein Dritter eine zum gesetzlichen Tatbestand der §§ 239 ff K.O. gehörige Handlung in gemeinschaftlicher Ausführung mit dem Gemeinschuldner begangen, so kann diese Person doch niemals als Mittäter bestraft werden. Denn bei ihr fehlt das Vorliegen der zur Strafbarkeit erforderlichen Bedingung, nämlich die Eigenschaft eines Gemeinschuldners, oder, wenn man sich auf den Standpunkt des Reichsgerichts stellt, das Tatbestandsmerkmal der erfolgten Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung.[2])

Dagegen ist der Begriff der Mittäterschaft im Sonderkonkurs bei Gemeinschuldnermehrheit verwertbar. Die Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung bezieht sich hier auf ein den Gemeinschuldnern gemeinsam gehöriges Vermögen. Die Strafbarkeitsbedingung d. h. die erforderliche persönliche Qualifikation, der Zahlungseinstellung tritt daher in der Person eines jeden Gemeinschuldners ein. Haben sie also in gemeinschaftlicher Ausführung eine Bankerotthandlung vorgenommen, so sind sie als Mittäter zu bestrafen; so also insbesondere wenn die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft z. B. Gesellschaftsschulden anerkannt haben, welche ganz oder teilweise erdichtet sind, oder wenn die Erben zum Nachlaß gehörige Vermögensstücke verheimlicht oder beiseite

[1]) Jäger a. a. O.; Nachlaßkonkurs § 2; Erbenhaftung § 10, 2 d; K.O. § 1 Anm. 64, § 209 Anm. 12, § 214 Anm. 16; § 239 Anm. 2; Petersen-Kleinfeller § 209 Anm. 2, 12, 31; Olshausen St.G.B. § 239 Nr. 6; Schröder a. a. O. Bd. 28 S. 27; Schimmelbusch Rhein. Archiv Bd. 107 S. 54 f.

[2]) Die hier erörterte Frage gehört in extenso zur Lehre vom qualifikationslosen dolosen Werkzeug (z. B. ein Nichtbeamter nimmt auf Anstiften eines Beamten eine falsche Beurkundung vor); trotz Vornahme der ganzen, vom objektiven Tatbestand geforderten Handlung wird von der h. M. der Betreffende nicht als Täter betrachtet. Wegen Mangels der Qualifikation als Gemeinschuldner wäre auch hier die „Täterschaft" zu leugnen, obwohl die Qualifikation zum Tatbestand gehört.

geschafft haben.[1]) Keine Schwierigkeiten ergeben sich, wenn jeder der Mittäter eine Ausführungshandlung vorgenommen hat; dann wird dem einen zu der von ihm begangenen Ausführungshandlung die von dem anderen begangene Ausführungshandlung hinzugerechnet, so daß sie nunmehr als Mittäter im Sinne des § 47 St.G.B. erscheinen.

Wie aber, wenn der eine der Beteiligten auf Grund einer Verabredung mit dem anderen allein tätig geworden ist? Die Begehung eines Konkursdelikts auf diese Weise liegt in den Fällen des Sonderkonkurses bei Gemeinschuldnermehrheit ganz besonders nahe; z. B. die Gesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft verabreden, eine erdichtete Gesellschaftsschuld anzuerkennen, und derjenige Gesellschafter, welcher die gesetzliche Vertretungsmacht der Gesellschaft hat, anerkennt demnach diese Schuld; oder mehrere Erben vereinbaren, besonders wertvolle Nachlaßgegenstände beiseite zu schaffen und ein Erbe führt diese Handlung auch aus. Das Reichsgericht (J.-W. Jahrgang 1893, Seite 113) hat hier die Ansicht vertreten, daß eine unmittelbare Betätigung der eigenen Körperkräfte nicht unbedingt erforderlich sei, daß vielmehr auch derjenige Täter sei, welcher durch seinen Willen fremde Kräfte benütze, so daß diese Kräfte sich seiner Herrschaft und Verfügung unterstellen, m. a. W., wenn sie seine Werkzeuge bildeten, die durch seinen Willen in Tätigkeit versetzt würden. Auf Grund dieser Anschauung hat es zwei Gesellschafter, welche Differenzgeschäfte in der Weise betrieben hatten, daß nach vorheriger Vereinbarung der eine Gesellschafter die Differenzgeschäfte abgeschlossen hatte, als Mittäter erklärt. Allein die rechtlichen Ausführungen in diesem Urteil beschreiben doch offenbar das Wesen der mittelbaren Täterschaft; das Reichsgericht führt selbst aus, daß hier die fremden Kräfte die Werkzeuge bildeten, die durch den Willen des Nichthandelnden in Tätigkeit gesetzt werden. Dies trifft aber gerade in unseren Fällen nicht zu. Der ausführende Gesellschafter oder Erbe kann unmöglich als Werkzeug aufgefaßt werden; er handelt selbst vorsätzlich und für seine Person. Er ist daher der Alleintäter, weil er allein den Tatbestand verwirklicht hat. Der andere Gesellschafter oder Erbe kann also nur als

[1]) So Petersen-Kleinfeller § 209 Anm. 6; R.G. Bd. 31 S. 407, J.W. 1893 S. 113; S. Kuhn zur Lehre vom betrügerischen Bankerott (Diss.) 1912 S. 56.

Anstifter oder Gehilfe in Betracht kommen.[1])

Endlich kann es noch vorkommen, daß jeder der Gemeinschuldner getrennt vom anderen ohne gegenseitiges Einverständnis Bankerotthandlungen vorgenommen hat; z. B. der eine hat Vermögensstücke beseitigt, der andere hat sich Unterlassungen in Beziehung auf die Buchführung zu schulden kommen lassen. Da durch die Eröffnung des Sonderkonkurses in der Person eines jeden Gemeinschuldners die Strafbarkeitsbedingung eingetreten ist, kann jeder selbständig bestraft werden. Ob man diese Gemeinschuldner aber dann unter den Begriff der Nebentäterschaft einreihen kann, erscheint zweifelhaft, da eine Haftung mehrerer für denselben Erfolg ja nicht in Frage steht;[2]) vielmehr hat jeder für sich eine Bankerotthandlung begangen und die Zahlungseinstellung bezw. die Konkurseröffnung ist für jeden nur eine Voraussetzung der Strafbarkeit.

III. Wenn der Gemeinschuldner des Sonderkonkurses sich nach den §§ 239 ff. strafbar machen kann, so entsteht die weitere Frage, ob sich die strafbare Handlung lediglich auf das Sondervermögen beziehen muß oder auf das ganze Vermögen des Schuldners. Genügt es m. a. W., wenn der Gemeinschuldner Vermögensstücke verheimlicht hat, welche nicht zu dem im Konkurs befindlichen Sondervermögen gehören, oder wenn er Schulden und Rechtsgeschäfte anerkennt, die nur sein Privatvermögen belasten? Karl Jäger[3]) vertritt die Ansicht, daß die verheimlichten oder beiseite geschafften Gegenstände eben zum Vermögen des Schuldners gehören müssen; ob sie der Zwangsvollstreckung und dem Konkurs entzogen seien, sei gleichgültig. Demgegenüber stehen die meisten Schriftsteller[4]) auf dem Standpunkt, daß das Wesen der Bankerotthandlung in der Schmälerung der Masse liegt und daß es daher

[1]) So mit Recht Petersen Kleinfeller § 239 Anm. 12; vom Standpunkt der subjektiven Theorie müßte man übrigens hier zu einem anderen Ergebnis gelangen.

[2]) Vgl. Frank St.G.B. § 47 VII.

[3]) K.O. § 239 Z. 30.

[4]) Neumeyer Historische u. dogm. Darst. des B. S. 158, 167, 174; Oppenhoff St.G.B. § 239 Anm. 40; Petersen-Kleinfeller K.O. S. 691; Wolff K.O. S. 465; Olshausen St.G.B. § 239 Nr. 7; Goltdammers Archiv Bd. 47 S. 158.

nur darauf ankomme, ob die betreffenden Gegenstände zur Sollmasse gehören oder nicht. Lediglich mit Beziehung auf den Wortlaut wäre diese Streitfrage auch auf den Sonderkonkurs zu übertragen. Jäger müßte also folgerichtig die Ansicht vertreten, daß auch das Verheimlichen von Vermögensgegenständen, welche nicht zum Sondervermögen gehören, den Gemeinschuldner strafbar mache; denn diese Gegenstände gehören ja dann immerhin zum „Vermögen". Wenn nun auch Jäger an der bezeichneten Stelle nicht ausdrücklich vom Sonderkonkurs[1]) spricht, so sagt er doch auch in § 239 Anmerk. 3, zu den Kaufleuten im Sinne des § 239 Ziffer 3 und 4 gehören auch die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft in Beziehung auf ihr ganzes Vermögen, während er dieser auch von Cosack, Goldschmidt und Puchelt vertretenen Auffassung jene Ansicht gegenüberstellt, die diese Vorschriften auf die bezeichneten Personen nur in Beziehung auf das Gesellschaftsverhältnis anwenden will. Aus dieser Bemerkung kann nun freilich nicht der allgemeine Satz abgeleitet werden, daß Jäger die Strafbestimmungen der §§ 239 ff. auf die Gemeinschuldner des Sonderkonkurses überhaupt auch mit Beziehung auf das nicht im Konkurs befindliche Vermögen angewendet wissen will. Er will dies sicherlich nur mit Beschränkung auf § 239 Ziff. 3 und 4 K.O. gesagt haben; das ergibt sich wohl auch daraus, daß es sich in diesen Bestimmungen um eine ganz spezifische kaufmännische Pflicht handelt, die mit *der* Frage zusammenhängt, ob der Handelsgesellschafter als *Einzel*kaufmann oder als Kaufmann in Gesellschaft mit einem anderen zu betrachten ist. Trotzdem kann aber auch die auf § 239 Ziffer 3 und 4 beschränkte Ansicht Jägers nicht gebilligt werden. Wenn Stenglein[2]) behauptet, es könne keine teilweise Insolvenz oder Konkurserklärung des kaufmännischen oder des Privatvermögens gedacht werden, so ist diese Ansicht für den Einzelkonkurs ja richtig; denn eine Trennung in kaufmännisches und privates Vermögen und eine selbständige Behandlung derselben für den Fall des Konkurses ist nach § 1 K.O. grundsätzlich ausgeschlossen. Allein gerade im Fall des Konkurses einer offenen Handelsgesellschaft macht das Gesetz eine Ausnahme. — Auch aus allgemeinen Erwägungen heraus ist die bekämpfte Ansicht abzulehnen. Da im Sonderkonkurs sich nur eine bestimmte

[1]) Olshausen a. a. O. erwähnt im Zusammenhang mit dieser Streitfrage den Gesellschafts- und Nachlaßkonkurs.

[2]) Lexikon des Deutschen Strafrechts S. 477.

Gruppe von Gläubigern beteiligen kann, kommt die gesetzliche Vermutung einer Benachteiligung auch nur bezüglich dieser Gläubiger überhaupt in Frage. Diese Gläubiger werden aber nur insofern benachteiligt, als die Sondermasse nicht zu ihrer Befriedigung reicht. Es ist für sie daher ohne Belang, ob der Gemeinschuldner hinsichtlich seines Privatvermögens Bankerotthandlungen begangen hat.

Von diesem Gesichtspunkt aus löst sich aber auch die Frage, ob die Gemeinschuldner des Gesellschaftskonkurses in der Bilanz der Gesellschaft ihre Privataktiva und -passiva aufzuführen haben. Wir müssen die Frage verneinen[1]).

Die Strafbestimmungen der Konkursordnung umfassen daher im Sonderkonkurs nur die Handlungen, die gerade das Sondervermögen betreffen.

Bedenken könnte dieses Ergebnis in den Fällen haben, in denen den Gläubigern, die sich am Sonderkonkurs beteiligen können, auch das Privatvermögen der Gemeinschuldner haftet, so bei der offenen Handelsgesellschaft und beim Nachlaßkonkurs, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Nimmt hier ein Gemeinschuldner eine Bankerotthandlung vor, die lediglich sein Privatvermögen betrifft, beseitigt also ein Gesellschafter ein zu seinem eigenen Vermögen gehöriges Vermögensstück, so kann ja dadurch auch ein Gesellschaftsgläubiger benachteiligt werden. Diese Benachteiligung wird aber erst vermutet, wenn auch über das Privatvermögen der Konkurs eröffnet worden ist. Ist jedoch Zahlungseinstellung bezüglich des Privatvermögens erfolgt ohne Konkurseröffnung (z. B. wegen Massemangels), so ist der Gemeinschuldner des Sonderkonkurses, der auch mit seinem Privatvermögen haftet und hinsichtlich dieser Masse eine Bankerotthandlung vorgenommen hat, zu bestrafen, aber nicht deshalb, weil über das Sondervermögen Konkurs ausgebrochen ist, sondern weil er bezüglich seines Privatvermögens die Zahlungen eingestellt hat. Zwischen der Konkurseröffnung bezw. Zahlungseinstellung und der Bankerotthandlung muß also ein rechtlicher Zusammenhang in dem Sinne bestehen, daß sie sich beide auf dieselbe Vermögensmasse beziehen müssen.

[1]) Ebenso RG. Recht 1910 Nr. 453, R.G.St. Bd. 11 S. 5, Bd. 29 S. 348.

Vielleicht auch ist zweifelhaft, auf welche Vermögensmasse sich die Bankerotthandlung bezieht. In den Fällen, in denen an der persönlichen Haftung des Gemeinschuldners mit seinem Privatvermögen auch durch die Konkurseröffnung nichts geändert wird, wird im Zweifel die Zahlungseinstellung sich auf beide Vermögensmassen beziehen. In den anderen Fällen, z. B. Nachlaßkonkurs, wird gerade eine den Gläubigern des Sondervermögens gegenüber abgegebene Erklärung, nicht zahlen zu können, in der Regel den Sinn haben, daß nur bezüglich des Sondervermögens die Zahlungseinstellung erfolgt sei.

IV. Was die Schuldfrage anbetrifft, so verlangt § 239 K.O. die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen. Rein logisch betrachtet kann dies im Sonderkonkurs nur so viel bedeuten, daß der Gemeinschuldner bei Vornahme der Bankerutthandlung die Absicht hatte, die Gläubiger des Sondervermögens zu benachteiligen. Es müßte also in solchen Fällen untersucht werden, ob der Gemeinschuldner nicht etwa die Absicht hatte, andere Gläubiger zu benachteiligen. Allein hierin würde zweifellos ein Widerspruch liegen: Der Gemeinschuldner kann nicht in Beziehung auf das Sondervermögen eine Bankerutthandlung vornehmen und dabei die Absicht haben, seine Privatgläubiger zu benachteiligen. Wenn er überhaupt eine solche Absicht hatte, dann mußte er sich sagen, daß in erster Linie die Sondergutsgläubiger benachteiligt werden.

Beim Vorhandensein einer Gemeinschuldnermehrheit tritt noch eine Besonderheit dann zu tage, wenn für alle Gemeinschuldner eine bestimmte Pflicht bestand, durch interne Verabredung aber die Ausübung dieser Pflicht einem einzelnen übertragen worden ist. So insbesondere bei der Buchführungspflicht; von dieser Pflicht wird der von deren Ausübung Ausgeschlossene grundsätzlich nicht befreit. Es trifft ihn vielmehr immer noch eine Verantwortlichkeit, die freilich nicht soweit geht, wie wenn er selbst die Bücher geführt hätte, die den Betreffenden aber doch insoweit trifft, als unter Berücksichtigung der eigenen und der Gläubigerinteressen eine Beaufsichtigung der Buchführung notwendig erscheint.[1]) Daher haften auch die von

---

[1]) Vgl. R.G. D. J.Z. 1905 S. 964 und R.G.St. Bd. 45 S. 387.

der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter für eine ordentliche Buchführung.[1])

V. Hat ein Gemeinschuldner mehrere Bankerutthandlungen vorgenommen, so nimmt die herrschende Meinung an, daß doch nur eine strafbare Handlung vorliege, wenn eine und dieselbe Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung in Betracht kommt. Vom Standpunkt der Lehre des Reichsgerichts aus ist dies verständlich. Die meisten Vertreter der anderen Ansicht, welche die Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung als Strafbarkeitsbedingung betrachten, halten Realkonkurrenz für ausgeschlossen, da durch die einheitliche Bedingung der Strafbarkeit die sämtlichen etwa vom Gemeinschuldner begangenen Einzelhandlungen zu einer juristischen Handlungseinheit zusammengefaßt werden.[2]) — Handelt es sich aber um mehrere Zahlungseinstellungen, so nimmt man allgemein das Vorliegen von Realkonkurrenz an.[3]) Hat also ein Gesellschafter sowohl hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens als seines Privatvermögens oder hat der Erbe bezüglich des Nachlasses wie auch bezüglich seines eigenen Vermögens Bankerutthandlungen vorgenommen, so sind sie, wenn sowohl über das Sondervermögen als auch über das Privatvermögen Konkurs eröffnet worden ist, wegen zweier strafbarer Handlungen in Realkonkurrenz zu bestrafen. Wenn jedoch über das Gesamtvermögen des Gemeinschuldners der Konkurs eröffnet worden ist, so kann der Gemeinschuldner bloß wegen einer Handlung bestraft werden, selbst wenn er mit Beziehung auf beide Vermögensmassen Bankerutthandlungen vorgenommen hat. Denn es liegt ja lediglich eine Konkurseröffnung vor; man denke z. B. an den Konkurs über das Gesamtvermögen des Erben.

Diese Unterscheidung gibt aber zu Bedenken Anlaß. Es würde nämlich demnach lediglich in der Hand dessen liegen, welcher den Konkursantrag stellt, ob der Gemeinschuldner

[1]) Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 84; K.O. § 239 Anm. 38; Staub H.G.B. § 38 Anm. 3; a. A. Rechtsprechung d. R.G. V S. 359; Petersen-Kleinfeller § 239 Anm. 31; Frank St.G.B. § 239 III; Olshausen St.G.B. § 239 Anm. 20.

[2]) So Liszt Lehrbuch S. 239, 463; a. A. Beling L. v. V. S. 776, der aber zugibt, daß regelmäßig ein fortgesetztes Delikt vorliegen dürfte.

[3]) Olshausen St.G.B. § 239 Z. 33; Jäger § 239 Anm. 45; S. Kuhn a. a. O. S. 60; Reichart Gerichtssaal Bd. 48 S. 291 Anm. 14.

wegen einer oder wegen zweier Handlungen zu bestrafen ist. Der Gemeinschuldner selbst, also der Täter, hätte keine weitere Tätigkeit ausgeübt und wäre doch strenger zu bestrafen, wenn zwei Konkurseröffnungen erfolgt wären, in einem Fall, in dem ebensogut eine einzige hätte erfolgen können. Es würde also das rein außerhalb der strafbaren Handlung selbst liegende Moment der doppelten Konkurseröffnung den Ausschlag geben; dazu kommt noch, daß dies alles von dem formellen Antrag etwa eines Gläubigers abhängig wäre. Mag dies auch als Unbilligkeit erscheinen, so darf doch andererseits nicht verkannt werden, daß der Grund, warum es überhaupt zu zwei Konkursen kommt, in der Gefährdung zweier Gläubigerschaften liegt, während bei einem Gesamtkonkurs nur eine Gläubigerschaft, die Gesamtgläubigerschaft, gefährdet erscheint. Würde nämlich auch im letzteren Fall eine Gefährdung für den einen Teil der Gesamtgläubigerschaft bildenden Kreis der Sondergläubiger bestehen, so könnten sie ja durch Sonderkonkurseröffnung ihre Interessen wahren. Da nunmehr zwei Konkurse vorliegen, so könnte auch eine doppelte Bestrafung Platz greifen. Das Interesse an einer solchen besteht aber nur dann, wenn es wirklich sich um eine Gefährdung zweier Gläubigerschaften handelt.

II.

Die Konkursmasse im Sonderkonkurs.

§ 10. Die Feststellung der Masse i. a.

I. Die Sollmasse im Sonderkonkurs wird gebildet aus den Gegenständen, welche speziell zu dem in Konkurs geratenen Sondervermögen gehören, so also beim Gesellschaftskonkurs aus dem Gesellschaftsvermögen, beim Nachlaßkonkurs aus dem gesamten Nachlaß, beim Gesamtgutskonkurs aus dem Gesamtgut. Dieser Vermögenskomplex läßt sich dann mit Leichtigkeit feststellen, wenn er von dem Privatvermögen des oder der Gemeinschuldner auch äußerlich getrennt ist, wenn er sich also in besonderen Räumlichkeiten befindet, wie dies wohl in der Regel beim Gesellschaftsvermögen der Fall sein wird. Freilich ist deswegen noch nicht ausgeschlossen, daß Vermögensstücke, die zur Sonderkonkursmasse gehören, sich beim sonstigen Vermögen eines Gemeinschuldners befinden. Um

dies festzustellen, kann jedoch der Verwalter nicht etwa eine Inventarisation auch des Nichtsondervermögens anordnen oder die Gestattung der Einsichtnahme in dasselbe verlangen. Dies steht außerhalb seiner Befugnis; nur durch Ladung zum Offenbarungseid hat der Verwalter die Möglichkeit, das Vorhandensein weiterer Massestücke in dem Privatvermögen des Gemeinschuldners festzustellen. — Praktisch schwieriger ist die Feststellung der Masse wohl dann, wenn sich das Sondervermögen und das Nichtsondervermögen in denselben Räumlichkeiten befinden, wie dies oft beim Nachlaßkonkurs der Fall sein wird. Hier spricht in der Regel eine Vermutung dafür, daß die vorhandenen Gegenstände vom Verwalter des Sonderkonkurses zur Masse zu ziehen sind und es bleibt dem Gemeinschuldner überlassen, die Gegenstände zu bezeichnen, welche zu seinem Eigenvermögen gehören. Allein auch hier bleibt zur sicheren Feststellung der Masse schließlich nur übrig, den Gemeinschuldner zum Offenbarungseid zu laden. — Bei einer Gemeinschuldnermehrheit kommt noch weiterhin in Betracht, daß nicht kurzweg den Gemeinschuldnern gehörende Gegenstände zur Masse zu ziehen sind, sondern daß auch hier die Frage vorab zu entscheiden ist, ob die Gegenstände überhaupt zum Sondervermögen gehören. Dies ist z. B. bei einer offenen Handelsgesellschaft dann nicht der Fall, wenn im Grundbuch die Gesellschafter selbst und nicht die Firma als Grundstückseigentümer eingetragen sind.

II. Da im Sonderkonkurs nur ein Teil des Vermögens des Gemeinschuldners in Gant geraten ist, so wäre es naheliegend, das gesamte Sondervermögen ohne Rücksicht auf die sich aus § 1 K.O. ergebenden Beschränkungen zur Masse zu ziehen. Denn gerade hier kommen jene Beschränkungen, nach welchen lediglich das pfändbare und das zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen zur Masse zu ziehen ist, nicht in dem Maße in Betracht, wie beim Gesamtkonkurs. So treffen vor allem die legislativen Gründe, welche dazu führten, den Neuerwerb für gantfrei zu erklären, im Sonderkonkurs gar nicht zu. Denn der Gemeinschuldner besitzt ja in der Regel Nichtsondervermögen, auf Grund dessen er in der Lage ist, für seinen Unterhalt zu sorgen und sich eine Existenz zu gründen. Zudem aber erreicht in der Regel ein solches Sondervermögen durch seinen Konkurs sein Ende. So hört die Handelsgesellschaft zu existieren auf; ebenso

geht es dem Nachlaß. — Es muß zunächst die Frage untersucht werden, ob die Sondervermögen überhaupt einen Neuerwerb machen können. Dies ist im Gesellschaftskonkurs unbedingt zu bejahen; zwar wird die Gesellschaft aufgelöst, dadurch wird aber nur die produktive Tätigkeit lahmgelegt; sie selbst besteht noch solange fort, bis ihr Vermögen unter ihre Gläubiger verteilt ist. Es besteht also für sie kein Hindernis, noch während des Konkurses z. B. ein Vermögen zu erwerben.[1]) Anders scheint es beim Nachlaß zu sein. Hier ist ein selbständiger Träger des Sondervermögens eigentlich gar nicht vorhanden. Der Nachlaß bildet vielmehr einen abgeschlossenen Vermögenskomplex in der Hand des Erben[2]), der sich nur aus sich heraus vermehren kann. Der Nachlaß selbst kann unter seinem Namen nicht Rechte erwerben; dies kann vielmehr nur der Erbe. Auch ist es nicht denkbar, daß etwa von Todeswegen noch etwas in die Nachlaßmasse fällt, wenn es nicht schon vor dem Erbfall angefallen war.. Vielmehr geht in solchen Fällen das Recht selbst auf den Erben über. Immerhin ist es aber möglich, daß auch dem Erben etwas zugewendet wird, was er dem Nachlaßvermögen einfügen soll. Das hat freilich dann keine praktische Bedeutung, wenn nur ein Erbe vorhanden und Nachlaßkonkurs nicht eröffnet ist. Es steht somit fest, daß auch ein Neuerwerb bei solchen Sondervermögensmassen möglich ist. Es ist aber gerade mit Rücksicht auf die legislativen Gründe, die zur Gantfreierklärung des Neuerwerbs geführt haben, der Grundsatz: „Neuerwerb ist gantfrei" im Sonderkonkurs einer Modifikation zu unterziehen, und zwar insoweit, als die ratio dieses Grundsatzes für das betreffende Sondervermögen keine praktische Bedeutung hat. Dies ist vor allem beim Nachlaß der Fall, während der Neuerwerb von erheblichem Nutzen für die offene Handelsgesellschaft sein kann; man denke nur an die eventuelle Wiederaufnahme des Geschäfts nach Abschluß eines Zwangsvergleichs.[3])

III. Ebenso zweifelhaft kann es sein, ob nur die pfändbaren Gegenstände zur Konkursmasse zu ziehen sind. In der Tat vertritt auch

[1]) Jäger K.O. § 1 Anm. 64; Konkurs der offenen H.G. S. 101 Anm. 4.

[2]) Petersen-Kleinfeller K.O. § 214 Anm. 6.

[3]) Ebenso Jäger K.O. § 214 Anm. 25; Dernburg Bürg. Recht V § 132 IV.

Schad[1]) die Ansicht, daß bei Gemeinschaften zur gesamten Hand das gesamte Vermögen die Konkursmasse bildet. Mit der Begründung, daß, wie die juristischen Personen, so auch die Gesamthandsgemeinschaften mit Eröffnung des Konkurses zu existieren aufhören, lehnt er es ab, die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung, nach denen bestimmte Gegenstände im Interesse des Schuldners der Zwangsvollstreckung entzogen seien, auf den Konkurs dieser Gemeinschaften mit Ausnahme der Erbengemeinschaft und der familienrechtlichen Gemeinschaften zur gesamten Hand anzuwenden. Seine Ansicht ist insofern richtig, als er die Pfändungsverbote, welche im öffentlichen Interesse bestehen, auch in diesem Konkurs für anwendbar erklärt; denn der Sonderkonkurs ist wie der Gesamtkonkurs eine Abart der Exekution; demnach müssen auch die aus Gründen der Oeffentlichkeit erlassenen Pfändungsverbote im Sonderkonkurs respektiert werden; es fallen also Orden und Ehrenzeichen nicht in die Konkursmasse. Gleiches muß aber auch bezüglich des Rechts der Zurücknahme einer nicht unter Verzicht auf dieses Recht hinterlegten Sache gelten; denn das Pfändungsverbot dieses Rechtes ist lediglich im Interesse der Gläubiger normiert worden; es kann daher auch im Sonderkonkurs nicht geschmälert werden[2]). Was die im Privatinteresse des Schuldners normierten Pfändungsverbote anbetrifft, so ist ja allerdings zuzugeben, daß auch hier die gesetzgeberischen Gründe, nämlich dem Schuldner das Existenzminimum zu belassen, nicht zutreffen. Meist werden sich ja auch die Kompetenzstücke nicht in der Sondervermögensmasse selbst befinden, so daß diese Vorschriften praktisch nicht zur Anwendung kommen. Bei den Pfändungsverboten im Interesse des Schuldners handelt es sich aber nicht immer um Kompetenzstücke; denn es gibt noch andere Gegenstände, die nur deshalb nicht pfändbar sind, weil sie ein höchst persönliches Recht des Schuldners darstellen, so insbesondere ein literarisches oder künstlerisches Urheberrecht[3]); ein solches Recht kann sehr wohl Bestandteil z. B. des Gesellschaftsvermögens sein; ebenso kann es auch zum Nachlaß gehören; vgl. in letzterer Beziehung namentlich § 10 des

[1]) a. a. O. S. 50 Nr. 4 und S. 32 Nr. 3.

[2]) Vgl. Jäger K.O. § 1 Anm. 29.

[3]) Vgl. Gierke Deutsches Privatrecht I S. 814; Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 101; § 10 Gesetz vom 19. VI. 1901; § 14 Gesetz vom 9. I. 1907.

Gesetzes vom 19. Juni 1901. Solche Rechte bleiben auch im Sonderkonkurs gemäß § 1 K.O. beschlagsfrei und können daher vom Gemeinschuldner noch während des Sonderkonkurses nach seinem Gutdünken verwertet werden.[1]) Aber auch die Kompetenzstücke können im Sonderkonkurs angesichts der zwingenden Vorschrift des § 1 K.O. nicht in die Konkursmasse fallen. Nach wem freilich die Entbehrlichkeit oder Unentbehrlichkeit sich zu richten hat, ist im Einzelfall eine nicht selbstverständliche Frage. Zwar wird gerade im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft diese Frage selten praktisch werden; denn die zum Haushalt und zum Leben für die nächsten vier Wochen notwendigen Gegenstände sind in der Regel nie Bestandteile des Gesellschaftsvermögens, sondern gehören zu den Privatvermögen der Gesellschafter. Dagegen kann die Frage im Nachlaßkonkurs praktisch werden. So gehen Petersen-Kleinfeller, Josephson und Wilke, die beiden ersteren obwohl sie den Erblasser nicht als Gemeinschuldner behandeln, davon aus, daß die Entbehrlichkeit nach den Verhältnissen des Erblassers zu beurteilen sei; dabei kommt Wilke zu dem Schluß, da dem Erblasser infolge des Todes alles entbehrlich geworden sei, so müsse der Erbe alles an den Nachlaß abliefern; praktisch würde diese Ansicht darauf hinauslaufen, die Beschlagsfreiheit der im Interesse des Schuldners unpfändbaren Gegenstände hier zu verneinen. Abgesehen davon, daß es nicht einzusehen ist, warum Wilke dann überhaupt nicht sofort diese Gegenstände als zur Konkursmasse gehörig bezeichnet, anstatt den Umweg über die Frage der Entbehrlichkeit zu nehmen, ist doch in seiner ganzen Grundanschauung ein innerer Widerspruch, wie Jäger[2]) mit Recht hervorhebt, vorhanden; denn der Erblasser kann auf der einen Seite nicht als Gemeinschuldner, also als ein Lebender, auf der anderen Seite aber als ein bereits Verstorbener, dem jene Gegenstände alle entbehrlich geworden sind, betrachtet werden. Aber auch der Ansicht von Petersen-Kleinfeller und Josephson kann nicht zugestimmt werden. Der Erbe ist Gemeinschuldner; ihm soll das Existenzminimum erhalten werden; nicht der Erblasser bedarf dieses Schutzes. Was also dem Erben unentbehrlich ist, darf nicht zur Masse gezogen werden[3]); andererseits

[1]) Vgl. Jäger § 214 Anm. 26.

[2]) Kommentar 2. Aufl. S. 864 Anm. 1.

[3]) Dies kann nicht anders sein, wenn der Erbe nur beschränkt haftet und ebensowenig im Fall des § 1990 B.G.B.; a. A. R.O.L.G. Bd. 1 S. 431.

wird es natürlich häufig vorkommen, daß dem Erben, wenn er begütert ist, alles entbehrlich ist. Dann würden die im Privatinteresse des Schuldners bestehenden Pfändungsverbote praktisch unanwendbar sein; dies ist aber eine Folge des konkreten Falles und keine Anerkennung der Ansicht Wilkes. Handelt es sich um eine Mehrheit von Gemeinschuldnern, so kann es selbstverständlich nicht darauf ankommen, ob den mehreren Erben z. B. insgesamt der betreffende Gegenstand entbehrlich ist. Diese Frage richtet sich vielmehr nach den Verhältnissen jedes einzelnen; mag auch ein Vermögensstück einem begüterten Mitgemeinschuldner vollständig entbehrlich sein, so darf es doch nicht zur Masse gezogen werden, wenn es für einen anderen Gemeinschuldner unentbehrlich ist[1]) Bedenken könnten nur insofern bestehen, als in diesen Fällen der unpfändbare Gegenstand nicht im Alleineigentum des bedürftigen Gemeinschuldners steht. Allein wie jeder der Gemeinschuldner die Rolle des Gemeinschuldners für sich ausübt, so muß auch die Frage der Entbehrlichkeit eines Gemeinschuldnergegenstandes nach den Verhältnissen eines jeden einzelnen beurteilt werden; eine Verletzung des Gesamthandprinzips liegt darin nicht.[2])

IV. Das auf diese Weise sich bildende konkursfreie Sondervermögen bleibt unter der Verwaltung und Verfügungsmacht seiner bisherigen Subjekte. Der Verwalter kann es nicht zur Masse ziehen; dieser Vermögensteil kann von den Gläubigern nach § 14 K.O. nicht angegriffen werden. — War eine Mehrheit von Gemeinschuldnern vorhanden, so folgt aus dem Gesamthandprinzip, daß eine Verfügung über diesen Vermögensteil nur von allen zusammen getroffen werden kann. War nun vor Konkurseröffnung die Vertretungsmacht eine verschiedene, z. B. bei der offenen Handelsgesellschaft, so könnte es sich fragen, ob diese Vertretungsmacht hinsichtlich des konkursfreien Sondervermögens bestehen bleibt oder ob für diesen Vermögensteil nur noch Gesamtvertretung zulässig ist. Durch das Aufhören der produktiven Tätigkeit der Gemeinschaft ist jedoch eine Einzelvertretung gar kein Bedürfnis mehr, weshalb das Verwaltungs- und Verfügungsrecht nur allen zusammen zusteht.

[1]) Ebenso Weißler a. a. O. S. 314.

[2]) Deshalb richtig R.O.L.G. Bd. 19 S. 8.

§ 11. Vermehrung der Konkursmasse durch Anfechtung.

I. Anfechtbar gemäß §§ 29 ff. K.O. sind Rechtshandlungen, sei es nun des Gemeinschuldners oder eines dritten, durch die die Konkursmasse vermindert worden und eine Benachteiligung der Konkursgläubiger eingetreten ist. Im Sonderkonkurs muß also durch die anzufechtende Rechtshandlung einmal gerade das Sondervermögen geschmälert worden sein. Es ist demnach zuerst die Frage aufzuwerfen, ob die betreffende Rechtshandlung das Sonderkonkursvermögen betroffen hat, ob also der veräußerte Gegenstand oder speziell z. B. die vorgenommene Pfändung gerade zum Sondervermögen gehörte. Bei Gemeinschuldnermehrheit wird die Frage wegen der Verschiedenheit der Vertretungsverhältnisse oft nicht leicht zu entscheiden sein. So kann der Gesellschafter, wenn er für sich allein zu handeln befugt ist, für die Gesellschaft sowohl, als auch in eigenem Namen für sein Privatvermögen Gegenstände erwerben. Läßt sich hierbei die Willensrichtung im einzelnen nicht mehr feststellen, so ist wohl in erster Linie auf Grund der Interessenlage die Zugehörigkeit des Gegenstandes zu dem einen oder anderen Vermögen zu bestimmen. Weiterhin muß eine Benachteiligung der Konkursgläubiger erfolgt sein, im Sonderkonkurs also speziell derjenigen Gläubiger, welche in diesem Verfahren Befriedigung verlangen können. Dies ist im allgemeinen schon dann der Fall, wenn durch die anfechtbare Rechtshandlung die Aktivmasse geschmälert oder die Passivmasse des Sonderkonkurses erhöht worden ist, so daß die Aktivmasse zur völligen Befriedigung der Konkursgläubiger nicht ausreichen würde. — Liegt eine Benachteiligung der Sonderkonkursgläubiger aber auch dann vor, wenn dieselben z. B. aus dem ihnen zugleich haftenden Privatvermögen der Gemeinschuldner oder eines derselben volle Befriedigung erlangen können? Dies ist keineswegs ein praktisch unmöglicher Fall; man denke z. B. an einen begüterten Gesellschafter, der es bloß deshalb zum Gesellschaftskonkurs kommen läßt, um sein Privatvermögen nicht noch mehr aufs Spiel zu setzen und der schlechten Bewirtschaftung durch seinen Mitgesellschafter auszusetzen; da er den Gesellschaftsgläubigern auch persönlich haftet, befriedigt er nachher aus seinem eigenen Vermögen sämtliche Gläubiger. Aehnlich beim persönlich haftenden Erben. In diesen Fällen besteht an sich kein Interesse für die Gläubi-

ger, die betreffende Rechtshandlung anzufechten. Zunächst aber ist es ihnen selbst unbekannt, ob sie auf jene Weise überhaupt ihre volle Befriedigung erhalten; denn das Privatvermögen haftet ja auch noch anderen Gläubigern. Im übrigen sind die Voraussetzungen für eine Anfechtung vollkommen vorhanden; denn eine Benachteiligung der Gläubiger ist eben darin zu erblicken, daß sie aus dem ihnen haftenden Vermögen nicht voll befriedigt werden. Infolge der Ungewißheit aber, in welche die Sonderkonkursgläubiger durch den Hinweis auf das ihnen noch verhaftete Nichtsondervermögen versetzt würden, kann ihnen das Recht nicht genommen werden, noch während des Sonderkonkurses durch Anfechtung von Rechtshandlungen die Befriedigungsmöglichkeit im Sonderkonkurs zu heben.

II. In der Regel verlangt das Gesetz, daß die anfechtbare Rechtshandlung vom Gemeinschuldner bezw. seinem Vertreter vorgenommen worden war (vgl. §§ 30 Ziffer 1 Fall 1. 31, 32).

Da die Gemeinschuldner des Sonderkonkurses auch für ihre Privatvermögen Rechtshandlungen vornehmen können, so muß hier noch die weitere Voraussetzung hinzutreten, daß die Rechtshandlung gerade für das Sondervermögen vorgenommen worden war. s. I. Bei einer Gemeinschuldnermehrheit kommt es darauf an, wer zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung berechtigt war, das Sondervermögen zu verpflichten. War es jeder der Gemeinschuldner, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, so muß er im Namen und in Vertretung der Gemeinschaft gehandelt haben.[1]) Waren nur mehrere zusammen zum Handeln befugt, so konnte natürlich nur ein Zusammenwirken der mehreren das Sondervermögen belasten; eine selbständige Handlung eines einzelnen, wenn auch im Namen der Gemeinschaft vorgenommen, wäre unerheblich und könnte nur den betreffenden Gemeinschafter als vollmachtlosen Vertreter verpflichten. Im Sonderkonkurs könnte eine solche Rechtshandlung nicht angefochten werden, weil ja die Masse nicht benachteiligt wäre. Letzteres ist freilich nur der Fall bei Verträgen, die noch nicht erfüllt sind, d. h. bezüglich derer eine Leistung aus dem Sondervermögen noch nicht erfolgt ist. Ein solcher Nichtberechtigter kann aber bereits auch schon Verfügungen getroffen haben. Hat er nämlich, obwohl er zur Vertretung der Gemeinschaft nicht

[1]) Vgl. R.O.L.G. Bd. 21 S. 181.

berechtigt war, im Namen der Gemeinschaft eine Schenkung gemacht oder einen Gläubiger befriedigt und zwar mit Mitteln des Sondervermögens, ohne daß die übrigen Gemeinschafter eine solche Verfügung genehmigt hätten, so ist ja freilich dadurch das Sondervermögen geschmälert worden, aber nicht durch eine in Beziehung auf das Sondervermögen vorgenommene Rechtshandlung; denn der Gemeinschafter war ja vollmachtloser Vertreter; eine Anfechtung kann daher nicht in Frage kommen, weil die Voraussetzungen fehlen. Da die nach § 177 B.G.B. erforderliche Genehmigung fehlt, ist das Rechtsgeschäft überhaupt unwirksam. Der Betreffende hat also ohne rechtlichen Grund aus dem Sondervermögen etwas erlangt und demnach nach § 812 B.G.B. die Bereicherung zurückzugewähren. § 816 B.G.B. kann deshalb keine Anwendung finden, weil die betreffende Verfügung dem Sondervermögen gegenüber gar nicht wirksam ist. Freilich bleibt zu beachten, daß diese Grundsätze nicht eingreifen im Fall des § 366 H.G.B.; denn hier erwirbt ja, wenn der gute Glaube sich auf die Verfügungsmacht des Veräußerers bezieht, der andere Eigentum. Handelt es sich also, abgesehen vom Fall des § 366 H.G.B., um die Schenkung eines Gegenstandes, welcher sich noch im Vermögen des Bereicherten befindet, so kann der Verwalter des Sonderkonkurses auch den Eigentumsanspruch geltend machen; findet sich der veräußerte Gegenstand nicht mehr vor, bleibt er auf den Bereicherungsanspruch beschränkt. Andere Grundsätze gelten, wenn der Erwerber irrtümlich glaubte, der betreffende Gegenstand gehöre zum Sondervermögen, er gehöre also z. B. der Gesellschaft; hier greifen die §§ 932 ff. B.G.B. ein. Aehnlich gestaltet sich die Rechtslage in denjenigen Fällen, bei denen eine Beteiligung des Gemeinschuldners nicht vorausgesetzt ist, §§ 30 Ziffer 1 Fall 2 und Ziffer 2 K.O. Die Rechtshandlung muß eben von einem Sondervermögensgläubiger vorgenommen sein.

Ein vertretungsberechtigter Gemeinschuldner hat nun *mit Mitteln des Sondervermögens Rechtshandlungen* vorgenommen, *die lediglich sein Privatvermögen berühren*; z. B. ein Gesellschafter hat mit Mitteln des Gesellschaftsvermögens oder ein Erbe mit Mitteln des Nachlasses eine Privatschuld bezahlt. *Im Sonderkonkurs können diese Rechtshandlungen nicht der Anfechtung unterliegen*; denn die Vorschriften der §§ 30 Abs. 1 Fall 1 und 31 K.O. setzen eine Rechtshandlung des Ge-

meinschuldners voraus; eine solche ist aber dem Privatgläubiger gegenüber nicht erfolgt; diesem gegenüber ist vielmehr der nunmehrige Gemeinschuldner im Sonderkonkurs als Subjekt seines Privatvermögens aufgetreten. Eine Anfechtung nach §§ 30 Abs. 1 Fall 2 und Absatz 2 ist aber deshalb ausgeschlossen, weil ja kein Konkursgläubiger, sondern ein Privatgläubiger Befriedigung erhalten hat. — Einzig und allein könnte in Frage kommen, ob die Bezahlung der Privatschuld mit Mitteln des Sondervermögens nicht als unentgeltliche Verfügung seitens der Sondervermögensmasse anzusehen ist und deshalb nach § 32 K.O. der Anfechtung unterliegt. Hier bestehen nun zwei Möglichkeiten: Das Subjekt des Sondervermögens hat seinem Privatvermögen eine Zuwendung gemacht und nunmehr wird aus den jetzt Bestandteil des Privatvermögens gewordenen Mitteln die Privatschuld bezahlt, oder das Sondervermögen hat gleichsam als Dritter im Sinne des § 267 B.G.B. die Leistung an den Privatgläubiger bewirkt. Im ersten Fall ist nur in der Rechtshandlung zwischen dem Sondervermögen und dem Privatvermögen eine unentgeltliche Verfügung zu erblicken; denn die Bezahlung der Schuld erfolgt ja dann aus Mitteln des Privatvermögens. Diese Konstruktion ist immer dann zu Grunde zu legen, wenn nicht erkennbar hervorgetreten ist, daß das Sondervermögen die Privatschuld bezahlen will; denn dann hat eben kein Dritter im Sinne des Gesetzes die Leistung bewirkt. Aber auch die zweite Alternative enthält keine unentgeltliche Zuwendung an den Privatgläubiger. Denn wenn diesem auch bekannt ist, daß er mit Mitteln des Sondervermögens befriedigt wird, so erhält er doch nur, was er zu beanspruchen hat, allerdings aus einer anderen Vermögensmasse als derjenigen, welche gerade ihm haftet; eine Bereicherung besteht aber offenbar hier bloß wieder zu Gunsten des Nichtsondervermögens. Demgegenüber geht das Reichsgericht[1]) davon aus, daß die Bezahlung einer Privatschuld eines Gesellschafters seitens der offenen Handelsgesellschaft auf ihrer Seite eine unentgeltliche Verfügung darstelle, wenn ihr eine Gegenleistung nicht gewährt worden ist und nicht gewährt werden sollte, und zwar werde dem Zahlungsempfänger unentgeltlich eine Zuwendung gemacht. Diese Ansicht ist insoweit richtig, als das Sondervermögen durch Bezahlung einer fremden Schuld nicht

[1]) R.G.Z. Bd. 38 S. 6.

von einer auf demselben ruhenden Verpflichtung befreit wird, das Sondervermögen demnach durch die Fortgabe des Geldes vermindert ist. Allein auf Seiten des Gläubigers ist in der Regel eine Bereicherung nicht zu erblicken.[1]) Dies ist vielmehr erst dann der Fall, wenn die Forderung des Gläubigers infolge der Vermögenslosigkeit seines Schuldners einen wirklichen Wert nicht besaß, er also damit rechnen mußte, daß er einen vollständigen Ausfall erleidet;[2]) dann wird er allerdings durch die Zahlung seitens der Sondervermögensmasse bereichert. In diesem speziellen Fall ist also eine Anfechtung aus § 32 K.O. zuzulassen, während in allen übrigen Fällen lediglich eine unentgeltliche Verfügung gegenüber dem Privatvermögen vorliegt. — Kann nun eine Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Frage kommen? Das Oberlandesgericht Kiel[3]) hält einen solchen Anspruch für gerechtfertigt, da die Zahlungen an den Privatgläubiger zur Tilgung einer für das Sondervermögen nicht bestehenden Schuld geleistet worden sind und der Privatgläubiger demnach auf Kosten der Gesellschaft etwas erlangt habe, allerdings nicht durch eine Leistung des Sondervermögens, sondern in sonstiger Weise. Mag nun zuerst eine Ueberführung der aus dem Sondervermögen entnommenen Mittel in das Nichtsondervermögen stattgefunden haben oder ist eine direkte Ueberführung aus dem Sondervermögen in das Vermögen des Nichtsondergläubigers erfolgt, jedesmal ist lediglich das Nichtsondervermögen des Gemeinschuldners bereichert; eine Bereicherung des Nichtsondergläubigers liegt nur dann vor, wenn dessen Anspruch wegen Insuffizienz des Nichtsondervermögens des Schuldners wertlos war.

III. Die einzelnen Anfechtungsgründe.

1. Vornahme der Rechtshandlung in der kritischen Zeit, § 30. Die Eigentümlichkeit dieser sogenannten Konkursanfechtung besteht darin, daß der Anfechtungsgegner entweder die Zahlungseinstellung oder den Antrag auf Konkurseröffnung gekannt hat. Im Sonderkonkurs kommt hier die Zahlungseinstellung bezw. der Konkurs-

[1]) Vgl. R.G. J.W. 1896 S. 639 Nr. 16; Bolze Entscheidungen Bd. 23 S. 238.

[2]) So auch R.G. a. a. O.; im konkreten Fall Jäger K.O. § 32 Anm. 6; a. A. Seuffert a. a. O. S. 214.

[3]) R.O.L.G. a. a. O.

antrag mit Rücksicht auf das nunmehr vergantete Sondervermögen in Betracht.[1]) Diese Zahlungseinstellung äußert sich dadurch, daß die Bezahlung der spezifischen Schulden des Sondervermögens, also z. B. der Gesellschaftsschulden, der Nachlaßverbindlichkeiten eingestellt worden ist. Nun wird sich freilich nicht immer ohne weiteres feststellen lassen, ob die Zahlungseinstellung sich gerade auf das Sondervermögen oder ob sie sich auf das Privatvermögen bezieht, umso mehr deshalb, weil ja in den Hauptfällen des Sonderkonkurses in der Regel das Nichtsondervermögen auch für die Schulden des Sondervermögens haftet. Wenn daher ein Sondergutsgläubiger Zahlung verlangt und es sich nicht ohne weiteres ergab, daß Zahlung aus dem Sondervermögen gemeint war, so kann nicht die Verweigerung der Bezahlung einer gewissen Art von Schulden allein für die Frage maßgebend sein, welche Vermögensmasse die Zahlungen eingestellt hat. Nach Jäger (a. a. O.) scheint dieses Moment ausschlaggebend zu sein, wenn er sagt, im Nachlaßkonkurs komme nur die Einstellung der Bezahlung der Nachlaßverbindlichkeiten in Betracht. Dies ist nur insofern richtig, als für den Sonderkonkurs niemals die Einstellung der Bezahlung der Nichtsonderschulden berücksichtigt wird. Es muß also noch ein weiteres hinzukommen, nämlich *die Verweigerung der Zahlung der Sonderschulden gerade aus der Sondermasse*. Waren bezüglich des Nichtsondervermögens die Zahlungen eingestellt, so ist auf Grund dieser Kenntnis eine Anfechtung im Sonderkonkurs nicht möglich. Wird also im Konkurs einer offenen Handelsgesellschaft z. B. die Pfändung von Gesellschaftsvermögen angefochten, so kommt es lediglich auf die Zahlungseinstellung der offenen Handelsgesellschaft, nicht auch auf die private Zahlungseinstellung eines Gesellschafters an.[2]) Was den Konkursantrag anbelangt, so kann hier nur der Antrag auf Eröffnung des Sonderkonkurses in Frage kommen. War daher zunächst Antrag auf Eröffnung des Privatkonkurses gestellt und hat der betreffende Gläubiger diesen Antrag allein gekannt, so kann im nachherigen Sonderkonkurs eine Anfechtung nicht auf die Kenntnis dieses Konkursantrags gestützt werden.

2. Die Anfechtung *nach den §§ 31 Nr. 2 und 32 Nr. 2*. Auf Grund dieser Bestimmungen können

[1]) So Jäger K.O. § 30 Anm. 14.
[2]) R.O.H.G. Bd. 15 S. 228.

Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, entgeltliche oder unentgeltliche, mit seinem Ehegatten sowie mit seinen Verwandten angefochten werden. Ist nur ein Gemeinschuldner vorhanden, so ergeben sich im Sonderkonkurs keine Besonderheiten. Dagegen kann es bei einer Gemeinschuldnermehrheit zweifelhaft sein, ob bei einer bezüglich des Sondervermögens vorgenommenen Rechtshandlung eine Anfechtung auf Grund jener Bestimmungen erfolgen kann, wenn jene persönlichen Beziehungen nur zwischen einem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsgegner bestehen. Es sind verschiedene Fälle denkbar:

a) Ein Gemeinschuldner, welcher allein für das Sondervermögen zu handeln befugt war, hat eine solche Rechtshandlung gegenüber einer Person vorgenommen, welche zu ihm selbst, nicht aber zu den anderen Gemeinschuldnern in diesen persönlichen Beziehungen steht; z. B. ein Gesellschafter mit seinem Ehegatten oder seinem Vater. Da jeder Gemeinschuldner ist, so finden §§ 31 und 32 unmittelbar Anwendung.

b) Der vertretungsberechtigte Gemeinschafter hat eine Rechtshandlung mit einer Person vorgenommen, welche zu einem der anderen Gemeinschafter, welcher an der Vornahme der Rechtshandlung nicht beteiligt war, in jenen persönlichen Beziehungen steht, also der Gesellschafter A mit der Ehefrau des Gesellschafters B oder mit dessen Bruder, oder der Miterbe C mit der Ehefrau des Miterben D, mit der er selbst nicht verwandt ist. Hier trifft der Tatbestand jener Bestimmungen nicht ohne weiteres zu; denn für den die Rechtshandlung vornehmenden Gemeinschuldner sind jene Personen fremde Personen. Allein da diese Rechtshandlung Wirkungen für das Sondervermögen hat, hinsichtlich dessen der andere Gemeinschafter Miteigentümer und Mitgemeinschuldner ist, so muß jene Rechtshandlung dieselbe Wirkung haben, wie wenn jener Gemeinschuldner sie selbst vorgenommen hätte. Die Rechtshandlung kann also auch in diesem Fall angefochten werden.[1])

c) Eine Rechtshandlung kann aber von den jetzigen Gemeinschuldnern auch gemeinsam vorgenommen worden sein; z. B. die mehreren Miterben mit der Ehefrau

[1]) Ebenso R.G. Bd. 43 S. 104; J.W. 1899 S. 228; Petersen-Kleinfeller K.O. S. 177.

des einen Miterben oder die sämtlichen Gesellschafter mit dem Vater des einen Gesellschafters. Hier hat das Oberlandesgericht Frankfurt[1]) die Entscheidung getroffen, daß, wenn nach Auflösung der Gesellschaft die Gesellschafter gemeinschaftlich gehandelt haben, es nicht genüge, wenn nur ein Gesellschafter in dem fraglichen Verwandtschaftsverhältnis zu dem anderen Vertragskontrahenten stehe. Diese Entscheidung scheint davon auszugehen, daß, weil nach Auflösung die Gesellschafter nur noch gemeinschaftlich handeln können, die Anwendung jener Vorschriften ausgeschlossen ist. Wie aber ein von einem einzelnen Gesellschafter abgeschlossenes Geschäft so anzusehen ist, wie wenn auch die übrigen Teilhaber beim Abschluß des Geschäfts mitgewirkt hätten, R.G. Bd. 43, S. 104, so muß auch in dem der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt zu Grunde liegenden Fall eine Anfechtung möglich sein.

In diesem Zusammenhang ist noch zu erwähnen, daß im Konkurs einer Kommanditgesellschaft, wenn eine Rechtshandlung z. B. zwischen dem Komplementar und dem Ehegatten des Kommanditisten vorgenommen worden ist, eine Anfechtung aus §§ 31 Abs. 2 und 32 Abs. 2 nicht stattfinden kann. Denn der Kommanditist ist nicht Gemeinschuldner. Ebenso kann auch nicht mit Berufung auf jene Bestimmungen im Nachlaßkonkurs eine Rechtshandlung zwischen dem Erben und der Witwe des Erblassers angefochten werden.

§ 12. Verminderung der Konkursmasse durch Aussonderung.

Ein dem Gemeinschuldner „nicht gehöriger" Gegenstand kann nach § 43 K.O. aus der Konkursmasse „auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts" ausgesondert werden. Im Universalkonkurs ist es nun eine ganz natürliche Folge, daß nur die dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstände aussonderungsfähig sind; denn da ja dieser Konkurs das gesamte Vermögen umfaßt, so gibt es nicht noch weitere Gegenstände des Gemeinschuldners, die nicht zur Konkursmasse gehören und die demnach außerhalb des ganzen Verfahrens stehen. Freilich gibt es stets auch konkursfreies Vermögen; sind aber solche zu diesem konkursfreien Vermögen gehörigen Gegenstände vom Verwal-

[1]) Recht 1908 Z. 3675 und L.Z. 1909 S. 85.

ter zur Masse gezogen worden, so kann der Gemeinschuldner deren Herausgabe nicht auf Grund eines Absonderungsrechts beanspruchen; denn es handelt sich ja um Vermögensstücke des Gemeinschuldners.[1])

Im Sonderkonkurs gibt es aber außer dem im Konkurs befindlichen Vermögen noch anderes Vermögen des Gemeinschuldners, welches als konkursfreies im technischen Sinn nicht bezeichnet werden kann, nämlich die zur Außerkonkursmasse gehörigen Vermögensstücke. Befinden sich solche Gegenstände in der Sonderkonkursmasse und nimmt der Verwalter dieselben in Besitz, so muß der Gemeinschuldner die Möglichkeit haben, dieselben zu seiner Außerkonkursmasse zurückzuverlangen. Als konkursfrei i. S. des § 1 K.O. kann er dieselben aber nicht bezeichnen, es sei denn, daß sie zufällig unpfändbare Gegenstände sind. Es bleibt daher nur übrig, daß er ein Aussonderungsrecht geltend macht. Da demnach das Aussonderungsrecht hier entgegen der Bestimmung des § 43 K.O. sich auf dem Gemeinschuldner gehörige Gegenstände bezieht, muß der Begriff der Aussonderung für den Sonderkonkurs eine Modifikation erleiden. Aussonderungsfähig sind also alle zum Sondervermögen nicht gehörigen Gegenstände, mögen sie einem Gemeinschuldner oder einem Dritten gehören. — Von Bedeutung ist die Abgrenzung im Hinblick auf § 14 K.O. Darnach können die Sonderkonkursgläubiger[2]) in das konkursfreie Vermögen nicht vollstrecken, wohl aber in die zwar dem Gemeinschuldner gehörigen, aber ausgesonderten und daher nicht zum „sonstigen Vermögen im Sinne des § 14" zu zählenden Gegenstände.[3])

§ 13. Verminderung der Masse durch Aufrechnung.

I. Eine Verminderung der Masse kann auch durch Aufrechnung eintreten. Betreffen die einander gegenüberstehenden Forderungen nur die Sondermasse, steht also einer Gesellschaftsschuld eine Gesellschaftsforderung gegen denselben Gläubiger gegenüber, oder ist ein Nachlaßgläubiger eine bestimmte Summe zum Nachlaß schuldig, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß eine Aufrechnung unter den in §§ 53 ff. K.O. getroffenen Voraussetzungen stattfinden

[1]) So Petersen-Kleinfeller K.O. Vorbem. 4 zu § 43.
[2]) Deren Begriff s. u. § 15.
[3]) Darüber s. noch u. § 15.

kann. — Dasselbe muß auch gelten, wenn sich der Gemeinschuldner des Sonderkonkurses gegenüber dem Sondervermögen in der Stellung eines Gläubigers befindet und außerdem noch zur Sondermasse etwas schuldet.

II. Schwieriger ist die Lösung der Frage, wenn die zur Aufrechnung gestellten Forderungen sich nicht auf dieselbe Vermögensmasse beziehen, sondern wenn nur eine Forderung zur Sonderkonkursmasse gehört, während die andere die Privatvermögensmasse betrifft; z. B. ein Gesellschaftsgläubiger ist Privatschuldner eines Gesellschafters oder der Privatgläubiger des Erben ist Schuldner des Nachlasses. Da in diesen Fällen der Gemeinschuldner auch Gläubiger des Gesellschaftsgläubigers bezw. Schuldner des Nachlaßschuldners ist, so ist das Erfordernis der Gegenseitigkeit der aufzurechnenden Forderungen insoweit erfüllt, als dieselben Personen einander gegenüberstehen. Es wird daher zu untersuchen sein, ob die Aufrechenbarkeit der Forderungen auch verlangt, daß sie sich auf dieselben Massen beziehen.

Man wird zu unterscheiden haben solche Fälle, in denen der Gemeinschuldner oder einer von ihnen unbeschränkt, also persönlich für die Schulden der Sondermasse haftet, und solche Fälle, in denen nur eine beschränkte Haftung vorliegt:

1. Im ersteren Fall ist weiterhin zu trennen:

a) Das Sondervermögen hat von einem Privatgläubiger A eines Gemeinschuldners zu fordern. Diese Schuld betrifft lediglich das Privatvermögen des Gemeinschuldners; würde daher A mit dieser Privatforderung gegen die Forderung des Sondervermögens aufrechnen, so würde dadurch die Masse des Sondervermögens geringer und die Gläubiger des Sonderkonkurses hätten daher eine kleinere Masse zu ihrer Vorwegbefriedigung zur Verfügung; A hätte sich aber aus einem Teil des Sondervermögens, das er gar nicht angreifen darf, Befriedigung verschafft; eine Aufrechnung ist daher unzulässig.

Für den Gesellschaftskonkurs ergibt sich dies ohne weiteres aus § 719 Abs. 2 B.G.B. und aus der Erwägung, daß in der von dem Privatgläubiger vorgenommenen Aufrechnung indirekt eine Verfügung über einen Teil des Gesellschaftsvermögens zu erblicken ist. Für den Nachlaßkonkurs fehlt es an einer besonderen Regelung; denn § 1977 Abs. 2 vgl. mit § 2013 B.G.B. hat nur den Fall im Auge, daß der

Privatgläubiger schon vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses aufgerechnet hat; in diesem Fall leben allerdings bei unbeschränkter Haftung des Erben die Forderungen nunmehr nicht wieder auf. Ist jedoch eine Aufrechnung vorher noch nicht erfolgt, so kann A nunmehr im Nachlaßkonkurs mit seiner Forderung gegen den Erben nicht aufrechnen. Denn selbst wenn sich die Nachlaßgläubiger auch an das Nichtsondervermögen des Erben halten können, so können sie doch u. U. wesentlich durch die Konkurrenz der Nichtsondergläubiger des Erben benachteiligt werden, während sie ja aus dem Nachlaß ohne Konkurrenz der letzteren Befriedigung suchen können.

b) Die Sondermasse ist einem Privatschuldner A eines Gemeinschuldners etwas schuldig; hier haftet dem A Sondermasse und Nichtsondervermögen des betreffenden Gemeinschuldners. Rechnet also A auf, so ist dies für die übrigen Konkursgläubiger nur von Vorteil; denn dadurch vermindert sich dann die Passivmasse des Sonderkonkurses, andererseits vermindert sich auch die Aktivmasse des Nichtsondervermögens, das ja den anderen auch haftet. Demnach erhöht sich die Befriedigungsquote für die Konkursgläubiger; sie haben also eher ein Interesse daran, daß die Aufrechnung erfolge.[1]) Freilich wird man hier zu sagen haben, daß die Aufrechnung eben gegenüber dem Privatvermögen des Gemeinschuldners erfolgt ;es handelt sich also wohl in der Regel um eine Aufrechnung außerhalb des Konkurses, durch die dann die Forderung des Gläubigers an das Sondervermögen untergegangen ist.

Der Verwalter des Sonderkonkurses kann dagegen nicht gegen die geltend gemachte Forderung mit einer Forderung des Gemeinschuldners an A aufrechnen. Dies würde einen Eingriff in das Privatvermögen bedeuten, der ihm als Verwalter des Sondervermögens niemals zusteht. Es kann daher nur in Betracht kommen, daß der Gemeinschuldner zu der Aufrechnung seine Einwilligung erklärt.[2])

2. Haftet der Gemeinschuldner für die Schulden des Sondervermögens nur beschränkt, so ist eine Aufrechnung grundsätzlich nicht möglich, es sei denn, daß das Subjekt der benachteiligten Masse einwilligt; es kann also ein Nachlaß-

[1]) So für den Gesellschaftskonkurs R.G. Bd. 31 S. 82, 41 S. 27, J.W. 1893 S. 355; ferner Sarwey-Bossert a. a. O. S. 259; abweichend für das alte Recht wegen Art. 122 allg. H.G.B.: Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 111.

[2]) R.G. Bd. 31 S. 81.

gläubiger mit seiner Forderung nicht gegen eine Privatforderung des Erben aufrechnen.

Aufrechenbar im Sonderkonkurs sind demnach nur Forderungen und Gegenforderungen, die sich auf das Sondervermögen beziehen.

III.

§ 14. Die Stellung der Massegläubiger.

Die Durchführung des Konkurses erfordert nach verschiedenen Richtungen hin Maßnahmen, aus denen wieder Verbindlichkeiten entstehen. Das Gesetz sagt von ihnen in § 57 K.O. nur, daß sie aus der Konkursmasse vorweg, d. h. vor den Konkursgläubigern befriedigt werden. Wer aber Schuldner ist und wie dieser für die Masseverbindlichkeit haftet, läßt sich aus dem Gesetz direkt nicht entscheiden und ist daher Gegenstand einer Streitfrage. Je nach der Stellungnahme zu dieser Streitfrage kann sie für den Sonderkonkurs als solchen von Bedeutung sein.

I. Wer ist Schuldner der Massegläubiger?

1. Die Bestimmung des § 57 K.O. legt zunächst den Gedanken nahe, als sei die Masse selbst Schuldnerin. Dies wird von den Schriftstellern behauptet, die die Masse nicht nur als Rechtsobjekt, sondern geradezu als Rechtssubjekt auffassen, teils ohne ihr freilich juristische Persönlichkeit zukommen zu lassen.[1]) — Eigentümer der Masse bleibt jedoch der Gemeinschuldner; denn es wird nur das Verwaltungs- und Verfügungsrecht entzogen; er ist also Subjekt der Masse, während diese Rechtsobjekt bleibt.[2]) Die Masse selbst kann daher nicht Schuldnerin sein.

2. Eine andere Ansicht[3]) geht davon aus, daß es sich im Konkurs um eine subjektlos zu führende Verwaltung zu einem bestimmten Zweck handle und daß den Massegläubigern daher ein verpflichtetes Subjekt gar nicht gegenüberstehe. Alles Recht der Massegläubiger beruhe überhaupt nur auf der Fürsorgepflicht des Verwalters; deshalb könne weder die Verurteilung des Verwalters auf Leistung erwirkt noch Zwangsvollstreckung

[1]) So Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 237/238.

[2]) Jäger K.O. § 1 Anm. 51.

[3]) Lippmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 222.

gegen den Verwalter betrieben werden; die einzige Garantie habe der Massegläubiger in dem Regreßanspruch gegen den Verwalter. Zunächst muß es aber doch sehr zweifelhaft erscheinen, ob man das Konkursvermögen und Stiftungsvermögen, wie Lippmann, Eccius[1]) folgend, betont, als analoge Fälle behandeln kann, weil die Sonderung jedes der beiden Vermögen bestimmte Zwecke verfolge. Der Zweck des Konkursvermögens ist aber nur ein vorübergehender, nämlich die Verteilung der Masse ausschließlich unter die Gläubiger, während das Stiftungsvermögen seiner ganzen Natur nach dauernde Zwecke, mindestens aber nicht nur vorübergehende, verfolgt.[2]) Selbst wenn man aber eine Analogie mit Rücksicht auf die Zwecke für zulässig erachtet, so ist damit noch keineswegs über die rechtliche Natur des Vermögens und sein Rechtssubjekt etwas gesagt. Vielmehr bleibt doch zu bedenken, daß die Stiftung eine juristische Person ist und das Stiftungsvermögen deren Rechtsobjekt bildet.[3]) Andererseits bleibt der Gemeinschuldner Subjekt der Konkursmasse. — Es ist also in beiden Fällen unzutreffend, von einer subjektlos zu führenden Verwaltung zu sprechen; damit wird aber der Theorie Lippmanns der Boden entzogen.[4])

3. Es bleiben daher noch drei Möglichkeiten übrig, nämlich, daß der Konkursverwalter selbst oder die Gesamtgläubigerschaft oder der Gemeinschuldner Schuldner der Massegläubiger ist.

a) Die erstere Alternative ist in der Literatur nirgends vertreten obwohl es gerade für die Anhänger der Amtstheorie naheliegend gewesen wäre, in diesen Fällen, wo es sich speziell um Verbindlichkeiten handelt, welche die Durchführung des Verfahrens erfordert, eine Verpflichtung des Konkursverwalters zu Grunde zu legen. — Die Entscheidung der Frage hängt allein von der Auffassung bezüglich der Stellung des Konkursverwalters ab. Da ich mich in diesem Punkte prinzipiell der Ansicht Jägers angeschlossen habe, da demnach der Konkursverwalter teils Vertreter des Gemeinschuldners, teils Vertreter der Gläubiger ist, so erscheint es ausgeschlossen, daß er für die Massegläubiger als verpflichtetes Subjekt in Frage kommen kann.

---

[1]) Preuß. Privatrecht Bd. 1 S. 797.

[2]) Dernburg Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 312.

[3]) Dernburg a. a. O. und RG. Bd. 5 S. 145.

[4]) Dagegen auch Jäger K.O. § 57 Anm. 3.

b) Für die Ansicht, daß die Gesamtgläubigerschaft Schuldner der Massegläubiger sei, beruft man sich auf § 57 K.O.

Wie aber Jäger[1]) und Wolff[2]) mit Recht hervorheben, kann auch nicht aus § 57 K.O. geschlossen werden, daß den Massegläubigern die Gesamtgläubigerschaft als Schuldnerin gegenübersteht. Wenn dort gesagt ist, daß sie aus der Konkursmasse vorweg zu befriedigen sind, so läßt sich doch daraus unmöglich der Schluß ziehen, daß es im Konkursverfahren Gläubiger gibt, zu deren Befriedigung die Konkursmasse dient, obwohl sie nicht Gläubiger des Gemeinschuldners sind. Auch ist der Umstand, daß die Rechte der Konkursgläubiger durch das Vorhandensein von Massegläubigern verringert werden, nicht schlüssig dafür, daß die Konkursgläubiger ihre Schuldner sind. Denn § 57 K.O. gewährt nicht den Massegläubigern einen Anspruch gegen die Konkursgläubiger auf Vorwegbefriedigung aus der Masse; diese Vorschrift richtet sich vielmehr lediglich an den Konkursverwalter, der die Verteilung der Masse vorzunehmen hat.[3]) Wenn ferner noch davon ausgegangen wird[4]), daß das Gesetz grundsätzlich nur zwei Arten von Gläubigern des Gemeinschuldners kenne, nämlich solche, die einen schon vor der Konkurseröffnung begründeten Anspruch hatten, und solche, die erst nach der Konkurseröffnung einen Anspruch erworben hatten, so ist dem entgegenzuhalten, daß § 3 K.O., welcher doch für diese Ansicht allein Anhaltspunkte bieten könnte, nur von solchen Gläubigern spricht, die vor Konkurseröffnung einen Anspruch hatten. Damit ist es jedoch keineswegs ausgeschlossen, daß es auch noch andere besondere Gläubiger des Gemeinschuldners geben kann, nicht bloß solche, wie sie Hellmann im Auge hat, die erst nach Konkurseröffnung einen Anspruch erworben haben und an der Konkursmasse keinen Teil haben.

c) Gegen die Ansicht, der Gemeinschuldner sei Schuldner der Massegläubiger, wird vor allem geltend gemacht, daß dabei nicht erklärt werden könne, warum der Gemeinschuldner Massegläubiger sein könne; denn er könne doch nicht sein eigener Gläubiger sein. — Nun ist hier zunächst festzustellen, daß der Gemeinschuldner allerdings Masse-

[1]) Jäger K.O. § 57 Anm. 2.
[2]) Wolff Z. f. Zivilprozeß Bd. 22 S. 209.
[3]) Ebenso Lippmann a. a. O. S. 228; Jäger a. a. O. Anm. 3.
[4]) Hellmann Lehrbuch S. 193 ff.

gläubiger sein kann[1]), z. B. aus einer ihm von der Gläubigerversammlung bewilligten Unterstützung oder aus einem Dienstvertrag mit dem Konkursverwalter. Er würde also in dieser Stellung sein eigener Schuldner sein. Deshalb schreibt auch Hellwig[2]) dem Konkursvermögen selbst Rechtssubjektivität zu und hält dies für die einzig mögliche Erklärung, daß Rechtsbeziehungen zwischen dem Sondervermögen und dem von der Verwaltung desselben ausgeschlossenen Subjekt bestehen können. — Die Erscheinung jedoch, daß Rechtsbeziehungen zwischen zwei demselben Subjekte gehörigen Vermögensmassen, deren eine unter selbständiger Verwaltung steht, sich bilden können, ist der heutigen Rechtsordnung durchaus nicht fremd. So gewährt § 1978 Abs. 3 B.G.B. im Fall der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses dem Erben einen Anspruch auf Ersatz gegen den Nachlaß, dessen Subjekt doch ohne Zweifel er selbst ist. Dieser Anspruch ändert sich aber mit Eröffnung des Nachlaßkonkurses keineswegs in einen Anspruch gegen die Nachlaßgläubiger als die Konkursgläubiger um; dafür fehlen jegliche Anhaltspunkte.[3]) Weiterhin aber gewährt § 1417 Abs. 1 B.G.B. dem eingebrachten Gut einen Ersatzanspruch gegen das Vorbehaltsgut der Ehefrau und umgekehrt dem Vorbehaltsgut einen Ersatzanspruch gegen das eingebrachte Gut; diese Ansprüche sind auch trotz § 1394 B.G.B. schon während der Ehe jederzeit realisierbar.[4]) Es steht also der Frau, welche ohne Zweifel Subjekt beider Vermögensmassen ist, ein Anspruch gegen einen Teil ihres Vermögens, welcher unter selbständiger Verwaltung steht (§ 1374 B.G.B.), zu; sie ist also ihre eigene Gläubigerin. Hier wird man aber selbst mit Hellwig nicht behaupten können, daß das eingebrachte Gut als Rechtssubjekt aufzufassen sei, weil solche Rechtsbeziehungen möglich sind. Vielmehr ist gerade mit Rücksicht auf diese Bestimmungen der allgemeine Satz aufzustellen, daß zwischen zwei Vermögensmassen desselben Subjekts, deren eine unter selbständiger, diejenige seines Subjekts ausschließende Verwaltung gestellt ist, Rechtsbeziehungen möglich sind, wie wenn diese Massen verschiedenen Personen gehören würden.[5]) Das-

[1]) So mit Recht die herrschende Meinung; a. A. Sarwey-Bossert 4. Aufl. S. 273, Wolff Z. f. Zivilprozeß Bd. 22 S. 227.

[2]) a. a. O.

[3]) So mit Recht Jäger K.O. § 57 Anm. 2.

[4]) Dernburg Bürgerliches Recht Bd. 4 S. 181.

[5]) S. bes. Fitting a. a. O. § 5 Anm. 19 I u. II.

selbe Verhältnis finden wir aber auch bei der Konkursmasse im Gegensatz zum freien Vermögen des Gemeinschuldners; er bleibt Subjekt der Konkursmasse, diese bleibt aber von seiner Verwaltung ausgeschlossen. Daher ist es durchaus nichts Unnatürliches und Widerspruchsvolles, wenn er als Massegläubiger sein eigener Gläubiger ist; denn hier liegen die oben erwähnten Rechtsbeziehungen vor. Freilich darf man dann auf der anderen Seite nicht soweit gehen und nur noch von Ansprüchen und Schulden der einen Vermögensmasse gegen die andere sprechen. Das hieße jede Vermögensmasse zu einem besonderen Rechtssubjekt ausgestalten, was nach dem Standpunkt des Gesetzes unmöglich ist.[1]) — Gegen die Ansicht, der Gemeinschuldner sei Schuldner der Massegläubiger, wird weiterhin eingewendet, daß den Massegläubigern keine Einwendungen aus der Person des Kridars entgegengehalten werden können[2]), insbesondere nicht eine exceptio compensationis. Nun ist es ja wohl richtig, daß man den Massegläubigern solche Einreden nicht entgegenhalten kann. Dies hat aber seinen Grund wiederum in der eigenartigen Sonderung des Konkursvermögens vom übrigen Vermögen des Gemeinschuldners und in der dadurch bewirkten Selbständigkeit dieser Vermögensmasse. Es handelt sich in diesen Fällen um dieselbe Erscheinung wie bei der offenen Handelsgesellschaft verglichen mit dem Vermögen eines Gesellschafters, nämlich nicht um ein Gesamtschuldverhältnis, sondern um die Haftung zweier Vermögensmassen desselben Subjekts. Wie aber bei der Geltendmachung einer Gesellschaftsschuld gegen die Gesellschaft Einwendungen aus der Person eines Gesellschafters wegen der Vermögenssonderung unzulässig sind, so auch bei der Konkursmasse. Ganz anders verhält es sich mit den Einreden gegenüber den Konkursgläubigern; diese waren bereits vor der Sonderung der beiden Massen begründet und werden jetzt im Konkurs nur geltend gemacht; solche Einreden aus der Person des Kridars können aber den Massegläubigern gegenüber gar nicht mehr begründet werden, weil der Gemeinschuldner, obwohl Subjekt der Masse, nicht mehr verwaltungs- und verfügungsberechtigt ist, für ihn jetzt vielmehr sein gesetzlicher Vertreter hinsichtlich der Masse handelt.

Endlich kann auch nicht aus § 55 Nr. 1 und 2 K.O. der Schluß gezogen werden, daß Schuldner der Massegläu-

[1]) Im Ergebnis ebenso Hellwig a. a. O.

[2]) Kohler Lehrbuch S. 381.

biger nicht der Gemeinschuldner ist; wenn es hier heißt, daß eine Aufrechnung dann unzulässig sei, wenn jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens etwas zur Masse schuldig geworden ist und nach der Eröffnung eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, so würde ja, lediglich nach dem Wortlaut, der Massegläubiger nicht im stande sein, in solchen Fällen die Aufrechnung vorzunehmen, was doch anzunehmen ist. Es kann aber kein Zweifel sein, daß das Gesetz im Ausdruck ungenau ist und daß unter einer Forderung an den Gemeinschuldner nur eine solche zu verstehen ist, die gegen den Gemeinschuldner persönlich erworben ist (Jäger K.O. § 55 Abs. 4), d. h. nicht als Masse-Inhaber. Der legislative Grund des § 55 K.O. fällt doch in der Regel hier weg; durch § 55 soll eine Verminderung der Masse infolge Aufrechnung verhütet werden, die dadurch hervorgerufen würde, daß der Gläubiger, der zugleich Schuldner ist, durch die Vornahme der Aufrechnung voll befriedigt wird, während er sonst bei Bezahlung seiner Schuld nur die Dividende erhalten würde. Dies trifft in der Regel bei den Massegläubigern deshalb nicht zu, weil sie aus der Masse vorweg, d. h. in Höhe ihrer ganzen Forderung befriedigt werden. — Aber selbst wenn der Fall des § 60 K.O. vorliegt, muß eine Aufrechnung zulässig sein. Soll hier etwa deshalb, weil bei ungenügender Masse eine verhältnismäßige Befriedigung der Massegläubiger vorgesehen ist, der Massegläubiger, welcher bloß mit Rücksicht auf seine Schuld an die Masse und die dadurch begründete sichere Hoffnung auf Befriedigung kreditiert hat, nicht in der Lage sein, aufzurechnen? Dies wäre zweifellos eine große Unbilligkeit; außerdem könnte aber dadurch auch die ungehinderte Fortführung der Verwaltung Not leiden, weil dann der Schuldner der Konkursmasse, mit dem der Konkursverwalter z. B. einen Dienstleistungsvertrag schließen will, durch den dieser Schuldner zugleich Massegläubiger werden würde, eine Garantie dafür beansprucht, daß er, wenn er schon nicht aufrechnen darf, wenigstens für den Teil seiner Forderung, der seiner Schuld an die Masse gleichkommt, gedeckt ist. Mit der herrschenden Meinung[1]) muß daher angenommen werden, daß die Massegläubiger unter § 55 Nr. 1 und 2 nicht fallen.

Aus diesen Ausführungen läßt sich zunächst entnehmen, daß die Gründe nicht stichhaltig sind, die

[1]) Vgl. Jäger K.O. § 55 Anm. 11; Petersen-Kleinfeller K.O. § 55 Nr. 10; Sarwey-Bossert K.O. § 55 Nr. 3; a. A. Wolff K.O. S. 212.

gegen die Ansicht ins Feld geführt werden, daß der Gemeinschuldner Schuldner der Massegläubiger sei. Nach § 57 K.O. werden ferner die Massegläubiger aus der Masse befriedigt. Wenn aber jemand aus einem Vermögenskomplex Befriedigung erhält, so muß das Subjekt dieses Vermögens auch Schuldner sein; sonst hätten wir die eigenartige Erscheinung, daß jemand für seine Schulden mit fremdem Vermögen haftet. Die Gesamtgläubigerschaft ist daher nicht der Gemeinschuldner. Wenn Hellmann dagegen noch einwendet, daß diese Behauptung ebensowenig schlüssig sei wie die Behauptung, daß die von dem Pfändungsgläubiger kontrahierte Verbindlichkeit für eine von ihm bestellte Reparatur der gepfändeten Sache eine Verbindlichkeit des gepfändeten Schuldners sei, so spricht gegen diesen Vergleich doch zwingend der Umstand, daß der Gläubiger einer solchen Verbindlichkeit eben gerade nicht aus dem gepfändeten Gegenstand seine Befriedigung erlangt, er demnach nur auf den Vertrag mit dem Privatgläubiger angewiesen ist. Im Sonderkonkurs sind demnach der bezw. die Gemeinschuldner die Schuldner der Masseverbindlichkeiten und zwar eben nur in Ansehung des Sondervermögens.

II. Ob nun der Gemeinschuldner im Regelkonkurs unbeschränkt persönlich oder auf das Konkursvermögen beschränkt den Massegläubigern haftet, ist lebhaft bestritten. Für eine grundsätzlich beschränkte Haftung hat sich nur Kiehl[1]) ausgesprochen, der eine Haftung mit den aus der Masse in die freie Verfügung des Schuldners gelangten Vermögensgegenständen zu Grunde legt. Im Gegensatz hierzu steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß der Gemeinschuldner unbeschränkt hafte.[2]) Unter den Vertretern dieser Ansicht besteht dann aber wieder eine Meinungsverschiedenheit in der Richtung, ob schon während des Konkurses die Massegläubiger ihre Ansprüche gegen den Gemeinschuldner verfolgen können oder ob dies ausgeschlossen sei.[3]) Eine dritte Meinung endlich nimmt an,[4]) daß der Gemeinschuld-

[1]) Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 30 S. 298; vgl. auch Lippmann a. a. O. S. 229.

[2]) So Protokolle S. 109; Wolff K.O. S. 212; Fitting § 14 Nr. 35; Wilmowski § 57 Anm. 3; Petersen Kleinfeller § 57 Vorbem. 2; R.G. Bd. 2 S. 24.

[3]) Jäger K.O. § 57 Anm. 2.

[4]) Jäger a. a. O.

ner für solche Masseverbindlichkeiten, die neu aus Rechtshandlungen des Verwalters erwachsen, nur mit seinem konkursbefangenen Vermögen hafte, im übrigen jedoch unbeschränkt persönlich verpflichtet sei. Zur Beantwortung dieser Frage muß zunächst festgestellt werden, daß aus § 57 K.O. nicht etwa zu schließen ist, daß der Gemeinschuldner den Massegläubigern beschränkt haftet. Denn wenn es hier heißt, daß diese Gläubiger aus der Masse vorweg befriedigt werden, so kann dies niemals die Bedeutung haben, daß sie nur auf die Masse angewiesen sind. Die auf das Konkursvermögen beschränkte Haftung müßte daher durch besondere gesetzliche Bestimmung angeordnet sein. — Wenn ferner Jäger für die neu aus Rechtshandlungen des Verwalters erwachsenen Masseverbindlichkeiten eine unbeschränkte Haftung deshalb ablehnt, weil der Verwalter den Gemeinschuldner nur in Ansehung seines konkursbefangenen Vermögens vertrete, so ist es ja wohl richtig, daß der Verwalter Handlungen, die das konkursfreie Vermögen betreffen, nicht vornehmen kann. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Handlungen, die der Verwalter bezüglich des Konkursvermögens vornimmt, den Gemeinschuldner bloß in Beziehung auf dieses Vermögen verpflichten. Aus dem auf eine bestimmte Vermögensmasse beschränkten Vertretungsrecht folgt nicht auch eine auf diese Vermögensmasse beschränkte Haftung des Vermögenssubjekts für die Handlungen des Verwalters. Vielmehr ist es ein in der Rechtsordnung anerkannter Grundsatz, daß für Schulden grundsätzlich das gesamte Vermögen des Schuldners hafte. So verpflichten die von dem Verwalter des unfreien Vermögens eines Kindes vorgenommenen Handlungen das Kind bezüglich seines gesamten Vermögens, also auch hinsichtlich seines freien Vermögens; der Gläubiger kann daher auch in dieses Vermögen vollstrecken lassen,[1]) obwohl die Rechtshandlung ihm gegenüber bloß von dem hinsichtlich des unfreien Kindesvermögens berechtigten Vertreter vorgenommen worden ist.

Eine Beschränkung der Haftung des Gemeinschuldners bezüglich der neu erwachsenen Masseverbindlichkeiten läßt sich daher nicht rechtfertigen; er haftet also unbeschränkt. Diese Haftung dauert selbstredend nach Beendigung des Konkurses fort; denn eine zeitliche Begrenzung der Haf-

[1]) Dernburg Bürgerliches Recht Bd. 4 § 80 II; Kommentar von Reichsgerichtsräten § 1660 Anm. 2.

tung ließe sich keineswegs begründen. — Auch wenn durch Zwangsvergleich der Konkurs sein Ende erreicht hat, so besteht eine unbeschränkte Haftung für die Masseverbindlichkeiten weiter, da sie ja von dem Zwangsvergleich nicht betroffen werden.

Ob schon während des Konkurses der Massegläubiger seine Ansprüche gegen den Gemeinschuldner verfolgen kann, kann angesichts der §§ 12 und 14 K.O. nicht zweifelhaft sein. Aus § 57 K.O. läßt sich etwa eine Art Einrede der Vorausklage nicht entnehmen.[1]) Vielmehr steht es dem Massegläubiger frei, den Gemeinschuldner zuerst anzugreifen. Andererseits hat aber auch der Verwalter kein Recht, den Gläubiger zwecks Befriedigung an den Gemeinschuldner zu verweisen. Der Massegläubiger kann sich vielmehr während des Konkurses sowohl an die Masse als auch an den Gemeinschuldner halten.[2]) Hat der Gemeinschuldner durante concursu eine Masseschuld bereinigt, so fragt es sich weiter, ob zwischen den beiden Massen, dem konkursbefangenen und dem konkursfreien Vermögen eine Ausgleichung stattzufinden hat, m. a. W. ob der Gemeinschuldner einen Ersatzanspruch gegen die Masse erwirbt. Für das Verhältnis von eingebrachtem Gut und Vorbehaltsgut der Ehefrau, sowie vom freien und unfreien Kindesvermögen hat das Gesetz in den § 1417 und 1660 B.G.B. eine solche Ausgleichung vorgesehen. Man kann jedoch nicht sagen, daß hier Analogieschlüsse Platz greifen. Denn die ratio dieser Gesetzesbestimmungen liegt in dem Interesse, das der Nutznießungsberechtigte an der ungeschmälerten Erhaltung des seiner Nutznießung unterworfenen Vermögens hat. Derselbe Grund kann für die Konkursverhältnisse nicht maßgebend sein; deshalb ist das Bestehen eines Ersatzanspruches zu verneinen.

Ueberträgt man nun diese Ergebnisse auf den Sonderkonkurs, so ist die unbeschränkte Haftung für die Masseverbindlichkeiten nicht dahin zu verstehen, daß der Gemeinschuldner mit seinem Privatvermögen dafür einstehen muß; dies wäre eine aus dem Gesetz nicht zu rechtfertigende Verschärfung der Haftung. Vielmehr hat die Uebertragung jener Ergebnisse nur die Bedeutung, daß außer dem im Konkurs befangenen Vermögen der Gemeinschuldner auch

[1]) Wie dies anscheinend Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 242 Anm. 24 will.

[2]) Ebenso Wolff K.O. S. 213, Jäger K.O. § 57 Anm. 4, a. A. Hellwig a. a. O.

mit dem konkursfreien Teil des Sondervermögens für die Masseverbindlichkeiten haftet. M. a. W. diese Verbindlichkeiten sind Schulden des Gemeinschuldners mit Beziehung auf das Sondervermögen, dessen Subjekt er ist, d. h. kurz, sie sind Schulden des Sondervermögens, also Gesellschaftsschulden, Nachlaßverbindlichkeiten. — Inwieweit aber der Gemeinschuldner für die Masseverbindlichkeiten des Sonderkonkurses mit seinem Nichtsondervermögen haftet, ist keine spezifisch konkursrechtliche Frage. Das richtet sich vielmehr darnach, inwiefern der Gemeinschuldner überhaupt für Schulden des Sondervermögens einzustehen hat. Demnach würden im Gesellschaftskonkurs die Gemeinschuldner mit ihrem Privatvermögen für die Masseverbindlichkeiten einstehen, während dies im Nachlaßkonkurs davon abhängig wäre, ob der Erbe unbeschränkt oder bloß beschränkt haftet.

Darnach beurteilt sich aber auch die weitere Frage, ob ein Massegläubiger des Sonderkonkurses seine Forderung in einem Privatkonkurs des Gemeinschuldners anmelden kann. Einer solchen Anmeldung steht grundsätzlich nichts im Wege, freilich aber ist sie nunmehr im Privatkonkurs Konkursforderung. Denn das Vorrecht der Masseverbindlichkeiten hat dieser Gläubiger nur hinsichtlich des Sonderkonkursvermögens. Der Vermieter kann also seine Forderung aus Miete für die Zeit nach Konkurseröffnung im Gesellschaftskonkurs als Masseschuld geltend machen, während er im Privatkonkurs daraus nur eine gewöhnliche Konkursforderung erheben könnte und sich mit der Dividende zu begnügen hat.

Daran knüpft sich aber noch die weitere Frage, ob die Vorschriften der §§ 212 und 234 K.O. auf die Massegläubiger Anwendung finden, so daß der Massegläubiger des Sonderkonkurses im Privatkonkurs seinen im Sonderkonkurs erlittenen Ausfall nachzuweisen hat und dann erst die Feststellung seiner Forderung im Privatkonkurs erfolgen könnte. Dies würde praktisch zu dem Ergebnis führen, daß eine Anmeldung im Privatkonkurs völlig wertlos ist, wenn im Sonderkonkurs die Massegläubiger vollständige Befriedigung erlangen. Würde jedoch im Sonderkonkurs der Fall des § 60 K.O. vorliegen, so könnte der Gläubiger im Privatkonkurs nur den Betrag anmelden, mit dem er im Sonderkonkurs ausgefallen ist, und für diesen Betrag würde er die Dividende bekommen. Nun sprechen die §§ 212 und 234 kurzweg von Gesellschaftsgläubigern und Nachlaßgläubigern, und prima facie könnte

man daran denken, daß unter diese Begriffe nur die Konkursgläubiger des Sonderkonkurses fallen. Nach den obigen Ausführungen kann es aber nicht zweifelhaft sein, daß jene Bestimmungen auch auf die Massegläubiger anzuwenden sind. Sonst würden die Privatgläubiger des ihnen in den §§ 212 und 234 garantierten Schutzes nicht teilhaftig, obwohl gerade das Sondervermögen, das ihrem Zugriff entzogen war, doch auch hier zur Befriedigung der Massegläubiger verwendet worden ist.

IV.

§ 15. Die Konkursgläubiger im Sonderkonkurs.

I. Konkursgläubiger sind nach § 3 K.O. diejenigen Gläubiger des Gemeinschuldners, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens einen persönlichen Anspruch an denselben hatten. Im Sonderkonkurs muß sich der Anspruch der Konkursgläubiger gegen den Gemeinschuldner als Subjekt des Sondervermögens richten. Im Gesellschaftskonkurs sind dies die Gläubiger der „Gesellschaft", im Nachlaßkonkurs die Gläubiger von Nachlaßverbindlichkeiten. Nur diese Gläubiger haben das Recht, in der Gläubigerversammlung mitzustimmen und die in der Konkursordnung (§§ 95, 96, 99, 103, 188, 197, 198) den Gläubigern vorbehaltenen Rechte wahrzunehmen. — Bestehen bei einem Konkursgläubiger, der sich zur Beteiligung am Sonderkonkurs gemeldet hat, Zweifel, ob sein Anspruch auch wirklich ein Anspruch gegen die Sondermasse ist, so ist für den Fall des Widerspruchs von Seiten eines Konkursgläubigers oder des Verwalters die Entscheidung des Gerichts einzuholen (§ 95 Abs. 2); damit ist aber noch keine Vorentscheidung getroffen, ob dieser Gläubiger sich auch wirklich an dem Konkurs beteiligen darf; das Recht der Bestreitung der Forderung im künftigen Prüfungstermin ist damit noch nicht untergegangen.

Die Privatgläubiger eines Gemeinschuldners sind von jeder Beteiligung am Sonderkonkurs oder von jeder Beeinflussung des Verfahrens ausgeschlossen. Selbst wenn sie im konkreten Fall namentlich mit Rücksicht darauf, daß die Sonderkonkursgläubiger mit ihnen in einem noch etwa eintretenden Privatkonkurs konkurrieren, oder mit Rücksicht darauf, daß der im Sonderkonkurs etwa noch übrig bleibende Teil des Sondervermö-

gens Teil des Privatvermögens wird, ein erhebliches Interesse daran haben, daß das Verfahren zweckentsprechend durchgeführt wird, ist ihnen ein Einfluß auf das Verfahren des Sonderkonkurses verwehrt. Auch an dem Verwalter des Sonderkonkurses können sie nicht etwa Regreß wegen schlechter Verwaltung und Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten nehmen; denn nach § 82 K.O. ist der Verwalter nur den Beteiligten gegenüber verantwortlich. Beteiligter ist aber nicht jeder, der durch die Handlung des Verwalters benachteiligt ist, sondern richtiger Ansicht nach nur ein am Konkursverfahren Beteiligter, im Sonderkonkurs also lediglich ein am Sonderkonkurs Beteiligter.[1])

II. Die Sondergutseigenschaft der im Sonderkonkurs befindlichen Masse hat zur Folge, daß auch Personen sich am Verfahren beteiligen können, die im Regelkonkurs nicht Gläubiger sein können, nämlich der bezw. die Gemeinschuldner selbst. Die Folge der Sonderung gewisser Vermögensmassen desselben Subjektes ist es ja, daß sich Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Massen bilden können, ohne daß durch confusio ein Untergang der Ansprüche eintreten würde. So kann der Gesellschafter als Gläubiger im Gesellschaftskonkurs, der Erbe als Gläubiger im Nachlaßkonkurs auftreten; als solchem kommen ihm alle Vorteile und Nachteile zustatten, die jedem anderen Gläubiger ebenfalls zukommen. Er darf also in der Gläubigerversammlung mitstimmen. — Besteht die Sonderung schon vor Konkurseröffnung, wie z. B. beim Gesellschaftsvermögen, so können die Rechtsbeziehungen schon hier zu Tage treten. Erfolgt die Sonderung jedoch erst durch Eröffnung des Sonderkonkurses, wie z. B. beim Nachlaßkonkurs, so treten jene Rechtsbeziehungen erst jetzt hervor. Die Ansprüche aus § 1978 B.G.B. sind nicht deshalb in § 224 K.O. zu Masseschulden erklärt worden, weil sie erst realisierbare Ansprüche geworden sind, sondern weil sie vom Gesetz als Kosten der Verwaltung betrachtet werden und demnach analog § 58 K.O. vorweg zu befriedigen sind. Im übrigen stehen die Ansprüche des Gemeinschuldners im Rang nicht etwa hinter den übrigen Konkursgläubigern. Der Gemeinschuldner kann auch absonderungsberechtigt und aussonderungsberechtigt gegenüber der Sondermasse sein.[2])

---

[1]) R.G. Bd. 74, S. 260.

[2]) Konkurs der offenen H.G. S. 94 f.

III. Besondere Arten:

1. Da die Vorschriften der §§ 61 ff. K.O. auf den Sonderkonkurs ebenfalls Anwendung finden, so gibt es auch hier bevorrechtigte Konkursforderungen. Ob jedoch einem Konkursgläubiger ein Vorrecht im Sinne des § 61 K.O. zusteht, ist stets mit Rücksicht darauf zu beurteilen, daß sich nur das Sondervermögen im Konkurs befindet. So wird es insbesondere zweifelhaft werden können, ob nach § 61 Ziffer 5 die Kinder und Mündel des Gemeinschuldners ein Vorrecht beanspruchen können. Abgesehen davon, daß zuerst zu prüfen ist, ob Gläubiger der betreffenden Forderung wirklich das Kind und das Mündel ist und nicht etwa der Gemeinschuldner selbst, so daß nur der Gemeinschuldner einen Anspruch gegen das Sondervermögen, das Kind bloß einen Anspruch gegen den Gemeinschuldner, nicht aber gegen das Sondervermögen direkt hat, kann es fraglich erscheinen, ob den Kindern im Sonderkonkurs ein solches Vorrecht eingeräumt werden kann. Der Wortlaut des § 61 Ziffer 5 spricht wohl für Gewährung eines solchen Vorrechts. Der Sinn und die Bedeutung der Vorschrift scheint mir aber anders zu sein. § 61 Ziffer 5 soll das Kind gegen ein unredliches Verhalten des Vaters bezw. des Vormundes schützen, das dieser sich in Ansehung des gesetzlich seiner Verwaltung unterstehenden Vermögens zu schulden kommen läßt. Das Vorrecht kann demnach nur in dem Konkursverfahren desjenigen geltend gemacht werden, dem die Verwaltung zustand. Die Verwaltung steht aber dem Gemeinschuldner nicht als Subjekt des Sondervermögens zu, sondern als Subjekt seines Privatvermögens. Im Gesellschaftskonkurs können daher Kinder eines Gesellschafters jenes Vorrecht nicht beanspruchen, wenn der Vater oder Vormund Vermögen des Kindes an die Gesellschaft abgeführt hat, wodurch diese Schuldnerin des Kindes geworden ist. Vielmehr kann das Kind nur im Privatkonkurs jenes Vorrecht geltend machen. — Ebenso im Nachlaßkonkurs bezüglich der Kinder des Erben.

Ob die im Sonderkonkurs bevorrechtigten Konkursgläubiger in den Fällen, in denen auch noch das Privatvermögen den Gläubigern des Sondervermögens haftet, im Privatkonkurs des Gemeinschuldners ein Vorrecht beanspruchen können, wird an anderer Stelle erörtert. Jedenfalls ist diese Frage nicht analog der Behandlung der Massegläubiger des Sonderkonkurses zu beantworten. Denn diese

werden nur deshalb aus der Masse vorweg befriedigt, weil diese Verbindlichkeiten zur Durchführung des Verfahrens eingegangen werden, während die Einräumung eines Vorrechts für gewisse Gläubiger teils aus Gründen des öffentlichen Wohles, teils wegen der höheren Schutzbedürftigkeit gewisser Gläubiger erfolgt ist.

2. Nach § 64 K.O. kann ein absonderungsberechtigter Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für die Forderung haftet, aus der Konkursmasse nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist. Für den Sonderkonkurs hat dies zunächst die Bedeutung, daß derjenige Gläubiger, der an einem zum Sondervermögen gehörigen Gegenstand absonderungsberechtigt ist, im Sonderkonkurs selbst nur für den Ausfall verhältnismäßige Befriedigung erlangt; der Absonderungsgegenstand muß also zu dem im Konkurs befindlichen Sondervermögen gehören. — Hat dagegen der Gemeinschuldner dem Gläubiger ein zu seinem Privatvermögen gehöriges Vermögensstück verpfändet, so kann er im Sonderkonkurs nicht ein absonderungsberechtigter Gläubiger sein, weil dieser Gegenstand für den gegenwärtigen Konkurs ein fremder ist (§ 4 K.O.). § 64 K.O. findet daher in diesem Fall keine Anwendung, weshalb jener Gläubiger seine Forderung voll im Sonderkonkurs anmelden kann.[1])

3. Betagte Forderungen gelten nach § 65 Abs. 1 als fällig. Wenn nun der Gemeinschuldner persönlich für die Schulden des Sondervermögens haftet, so fragt es sich, ob auch gegenüber seinem Privatvermögen die Forderung als fällig gilt und demnach sofort verlangt werden kann. Dieselbe Frage erhebt sich bei § 66 K.O., ob nämlich Forderungen unter einer auflösenden Bedingung nunmehr auch gegen das Privatvermögen wie unbedingte geltend gemacht werden können. — Es ist hier zu bedenken, daß diese Bestimmungen lediglich für das Konkursverfahren getroffen worden sind, um keine verwickelteren Verhältnisse herbeizuführen und das Verfahren rasch zu Ende zu führen. Außerhalb des Konkursverfahrens können jene Bestimmungen diese Forderungen nicht beeinflussen. Deshalb ist die Frage zu verneinen.

---

[1]) So R.G. Bd. 7 S. 90; Jäger K.O. § 64 Anm. 1; Petersen-Kleinfeller K.O. § 64 Anm. 2.

IV. Rechtsstellung der Konkursgläubiger.

1. Die erste Frage ist hier, ob im Sonderkonkurs ein Gläubiger den Betrag voll geltend machen kann, den er bei Eröffnung des Sonderkonkurses zu fordern hatte, ohne Rücksicht auf pendente concursu erfolgte Teilzahlungen aus dem Nichtsondervermögen. Daß § 68 K.O. unmittelbar Anwendung findet, wird wohl nur von Wolff[1]) behauptet, nach welchem § 68 zur Anwendung kommt, solange Gesellschafts- und Gesellschafterkonkurs nicht gleichzeitig bestehen; es werde also auf die gleichzeitige Haftung der Gesellschaft und des Gesellschafters keine Rücksicht genommen. Demgegenüber sprechen Jäger[2]) und Hellmann[3]) nur von einer entsprechenden Anwendung des § 68; die Analogie sei allerdings eine zwingende. Jäger leitet dies aus der gesonderten Haftung und aus der selbständigen Konkursfähigkeit des Gesellschaftsvermögens ab, während Petersen-Kleinfeller[4]) den Schluß offenbar aus § 212 zieht.

Eine direkte Anwendung des § 68 ist nun zweifellos unzulässig; denn nach dem Wesen des Sonderkonkurses handelt es sich in diesen Fällen nicht um die Haftung mehrerer Personen für dieselbe Leistung; sondern eine Person haftet mit zwei verschiedenen Vermögensmassen. Es handelt sich also nicht um ein Gesamtschuldverhältnis, welches in § 68 in erster Linie ins Auge gefaßt wurde, sondern das Verhältnis ist so aufzufassen, daß der Inhaber der beiden Vermögensmassen für die Schuld sowohl mit seinem Nichtsondervermögen als auch mit seinem Sondervermögen haften will.[5]) Jäger fragt zuerst, wie es sei, wenn ein Gesellschafter oder ein Erbe aus dem Nichtsondervermögen während des Gesellschafts- oder Nachlaßkonkurses eine Teilzahlung z. B. von 500 auf 1000 Mark leiste. Dafür dürfte nun aber die Frage zuerst zu entscheiden sein, ob der Gläubiger im Regelkonkurs, wenn der Gemeinschuldner z. B. aus konkursfreiem Vermögen eine Teilzahlung leistet, für seine volle Forderung Dividende im Konkurs beanspruchen kann. Nach § 3 K.O. entscheidet für die Frage des „Ob" der Zeitpunkt der Konkurseröffnung. Ist aber damit auch über die Höhe

[1]) Lehrbuch S. 431.
[2]) K.O. §§ 212 Anm. 17 und 68 Anm. 4.
[3]) Lehrbuch S. 218 Anm. 5.
[4]) K.O. § 212 Anm. 5.
[5]) R.G. Bolze Bd. 16 S. 502 (Gesamthandschuldverhältnis).

der Forderung eine Entscheidung getroffen? Nach den Bemerkungen von Sarwey-Bossert K.O. § 3 Anm. 2 möchte es fast scheinen, als richte sich die Höhe der Konkursforderung nach dem zu Konkursbeginn bestehenden Betrag; er sagt, wenn eine Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung bestehe, so werde ihre Geltendmachung nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie erst nach der Konkurseröffnung modifiziert wird. Nun hat aber § 3 K.O. doch in erster Linie die Bedeutung, daß die erst nach Konkurseröffnung einen Anspruch gegen den Gemeinschuldner erwerbenden Gläubiger am Verfahren nicht teilnehmen können. Weiterhin ist zu beachten, daß eine Teilzahlung seitens eines Gemeinschuldners, ebenso wie diejenige seitens eines Dritten (§§ 266, 267 B.G.B.), als Erfüllung und zwar als Teilerfüllung anzusehen ist und daß ebenso wie im Prozeß, wo doch nach herrschender Ansicht der Zeitpunkt der Urteilsfällung und nicht derjenige des Prozeßbeginns maßgebend ist, im Konkurs entsprechend erst der Zeitpunkt der Festsetzung in der Konkurstabelle als der entscheidende anzusehen ist. Nach § 122 B.G.B. wirkt aber bei Gesamtschuldverhältnissen die Zahlung eines Gesamtschuldners für die übrigen als Erfüllung, ebenso eine Teilzahlung. Gerade um nun zu verhindern, daß dadurch der Gläubiger gegenüber einem anderen Gesamtschuldner nur noch den fehlenden Betrag geltend machen kann, wurde die Vorschrift des § 68 K.O. festgesetzt. Daß sie eine Ausnahmebestimmung ist, kann nicht zweifelhaft sein. Deshalb muß aber auch im Regelkonkurs angenommen werden, daß eine Teilzahlung seitens des Gemeinschuldners oder eines Dritten, die noch vor Feststellung in der Tabelle erfolgt, den Gläubiger nur berechtigt, Dividende für den fehlenden Betrag zu beanspruchen. Dies gilt an sich — abgesehen von § 68 K.O. — auch im Sonderkonkurs. Die Auslegung Jägers[1]), daß die Teilleistung eines nicht verganteten Gesellschafters während des Gesellschaftskonkurses den Sinn einer vorausgewährten Schadloshaltung habe, welche ihrem Zweck nach eine geminderte Berücksichtigung der Schuld ausschließe, kann nicht als zutreffend bezeichnet werden. Denn nicht nur während des Gesellschaftskonkurses, sondern auch während des Regelkonkurses kann eine Leistung des Gemeinschuldners oder eines Dritten den Sinn einer vorausgewährten Schadloshaltung haben; darnach müßte auch hier dem Zweck nach

[1]) Konkurs der offenen H.G. S. 151.

eine geminderte Berücksichtigung ausgeschlossen sein. Jäger hat auch ganz richtig diese Auslegung in seinem Kommentar § 212 nicht wieder angeführt; wenn er auch hier zu demselben Ergebnis gelangt wie im „Konkurs der offenen Handelsgesellschaft", so ist doch sicher, daß im Regelkonkurs durch eine Teilzahlung seitens des Gemeinschuldners oder eines Dritten Erfüllung in Höhe des gezahlten Betrags eingetreten ist und eine Feststellung der ursprünglichen Höhe nicht erfolgen kann; dies würde auch — abgesehen von § 68 K.O. — im Sonderkonkurs gelten.

Es hat also allerdings einen guten Sinn, die Frage aufzuwerfen, *ob § 68 in den Fällen des Sonderkonkurses analog anzuwenden* ist. Ein Gesamtschuldverhältnis besteht nun freilich nicht. Wie aber bei einem Gesamtschuldverhältnis die Kreditbasis vor allem darauf beruht, daß dem Gläubiger mehrere Personen auf die ganze Leistung mit ihrem Vermögen verpflichtet werden, beruht die Kreditbasis der offenen Handelsgesellschaft gerade darauf, daß auch hier der Gläubiger sowohl das Gesellschaftsvermögen, wie das Privatvermögen angreifen darf. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Erbe die beschränkte Haftung verwirkt hat oder als Gesamtschuldner des Erblassers haftet. Im letzteren Fall handelt es sich auch wieder um die doppelte Kreditbasis, auf die der Gläubiger vertraut, während im ersteren Fall die Aussicht des Gläubigers auf Befriedigung sich durch das Verhalten des Erben verschlechtert hat und deshalb eine Haftung desselben mit dem Nichtsondervermögen gerechtfertigt erscheint. Demnach kann es nicht zweifelhaft sein, daß es aus Rücksicht auf die Gläubiger *dringend geboten* erscheint, *die Analogie des § 68 beim Sonderkonkurs durchgreifen zu lassen, wenn der Gemeinschuldner zugleich auch mit seinem Nichtsondervermögen haftet*. — Macht nun aber z. B. der Erbe, der beschränkt haftet, eine Teilzahlung an einen Nachlaßgläubiger aus dem Nichtsondervermögen, so kann § 68 nicht eingreifen. Hier erscheint der zahlende Erbe als Gemeinschuldner; der Nachlaßgläubiger kann daher nur noch für den Restbetrag Dividende beanspruchen; vergl. § 225 Abs. 2 K.O.

Ob der die Teilzahlung bewirkende Gemeinschuldner durch die Leistung einen *Ersatzanspruch* an die Sonderkonkursmasse erhält, kann *zweifelhaft* sein. § 426 Abs. 2 B.G.B. kommt nicht in Betracht. Eine besondere

Regelung findet sich nur in § 225 Abs. 2 K.O., wornach der unbeschränkt haftende Erbe, wenn er eine Nachlaßverbindlichkeit berichtigt, nicht an die Stelle des Gläubigers tritt. Für den Gesellschaftskonkurs ist das Gleiche nirgends ausgesprochen; vielmehr ist es anscheinend herrschende Ansicht, daß der Gesellschafter, der einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt, einen Ersatzanspruch an die Gesellschafter erlange, diesen bloß nicht zum Nachteil des Gläubigers verfolgen könne. Aus diesen Erwägungen heraus wird insbesondere angenommen, daß, wenn der Gesellschafter vor Eröffnung des Gesellschaftskonkurses eine Voll- oder Teilzahlung leistet, und ebenso wenn er nach Konkurseröffnung eine Vollzahlung leistet, er zur Anmeldung seines Ersatzanspruchs im Gesellschaftskonkurs berechtigt sei.[1]) Aber auch wenn der Gesellschafter eine Teilzahlung nach Konkurseröffnung geleistet hat, will Jäger[2]) offenbar dann einen Ersatzanspruch zulassen, wenn der Gläubiger durch Empfang der Dividende für seine volle Forderung plus der Teilzahlung mehr erhalten würde, als er überhaupt zu fordern hat. Wenn nun auch freilich die legislativen Gründe, die zur Normierung des § 225 Abs. 2 K.O. geführt haben, teilweise auch beim Gesellschaftskonkurs zutreffen, so glaube ich doch, daß eine analoge Anwendung wegen der Eigenart des Nachlasses nicht möglich ist. Ob daher ein Ersatzanspruch dem zahlenden Gemeinschuldner zukommt, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen; eine Eigenart des Sonderkonkurses ist er aber nicht.

2. Kann ein Konkursgläubiger des Sonderkonkurses eine Einzelvollstreckung in das konkursfreie Sonder- oder in das Nichtsondervermögen pendente concursu erwirken? Nach § 14 K.O. sind Zwangsvollstreckungen und Arreste zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners zulässig. Was unter dem sonstigen Vermögen des Gemeinschuldners zu verstehen ist, kann für die Fälle des Sonderkonkurses zweifelhaft sein. Im Regelkonkurs umfaßt es das nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen und setzt sich aus dem nicht beschlagnahmefähigen und dem erst nach Konkurseröffnung erworbenen Vermögen zusammen. Auch beim Sonderkonkurs gibt es Ver-

---

[1]) R.G. Bd. 31 S. 141.

[2]) K.O. § 212 Anm. 17.

mögensstücke, die nicht zur Konkursmasse gezogen werden können, die aber trotzdem Teile des Sondervermögens bilden. Daß gerade in diese Teile eine Spezialexekution zu Gunsten eines Konkursgläubigers nicht erfolgen kann, sagt § 14 K.O. ausdrücklich; denn dieselben sind Eigentum des bezw. der Subjekte des Sondervermögens. Ist aber durch § 14 K.O. der Konkursgläubiger auch gehindert, das Privatvermögen des Gemeinschuldners anzugreifen? Die Frage spielt natürlich in den Fällen des Sonderkonkurses keine Rolle, in denen der Gemeinschuldner nur mit Beschränkung auf das Sondervermögen haftet. In den übrigen Fällen kann aber die Frage von erheblicher Bedeutung sein. Hat also der unbeschränkt haftende Erbe oder der Gesellschafter die Zwangsvollstreckung in sein Privatvermögen zu dulden? Petersen-Kleinfeller[1]), Meyer[2]) und Wolff[3]) verstehen unter konkursfreiem Vermögen beim Nachlaßkonkurs das Eigenvermögen des Erben und halten daher eine Zwangsvollstreckung seitens eines Nachlaßgläubigers in das Privatvermögen für unzulässig. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Denn konkursfrei ist doch nur das Vermögen, welches, obwohl zu dem betreffenden Vermögenskomplex gehörig, wegen § 1 K.O. nicht zur Masse gezogen werden kann. Eine Vermögensmasse, welche aber gar nicht Bestandteil des in Gant befindlichen Vermögenskomplexes ist, kann nicht als konkursfreies Vermögen im technischen Sinn bezeichnet werden. Das Nichtsondervermögen des Gemeinschuldners des Sonderkonkurses ist daher nicht als „konkursfrei" anzusehen. Denn hinsichtlich dieses Vermögens ist der Gemeinschuldner des Sonderkonkurses nicht Gemeinschuldner[4]), während er solches bezüglich des konkursfreien Vermögens im eigentlichen Sinn ist. Das Nichtsondervermögen steht also nicht unter dem Schutz des § 14 K.O.[5]) Diese Auslegung rechtfertigt sich auch noch durch folgende Erwägung. Nach

[1]) K.O. § 216 Nr. 9 h.

[2]) K.O. S. 311.

[3]) K.O. § 225 Nr. 1.

[4]) Anders Schröder Z. f. Zivilprozeß Bd. 28 S. 10 f., der eine solche Beschränkung nach dem Gesetz nicht für zulässig hält.

[5]) Ebenso Jäger K.O. §§ 14 Anm. 23, 214 Anm. 9; Seuffert Z. f. Zivilprozeß Bd. 22 S. 501; Sarwey-Bolfert K.O. § 216 Anm. 2; im Ergebnis ebenso Schröder a. a. O.; Schimmelbusch Arch. f. Z. und St.R. d. Rh. Prov. Bd. 107 S. 61; Weißler a. a. O. S. 315.

Art. 122 allg. H.G.B. verwandelte sich bei Ausbruch des Gesellschaftskonkurses die primäre Haftung der Gesellschafter in eine subsidiäre, indem sie den Gesellschaftsgläubigern die Inanspruchnahme der Privatvermögensmasse der Gesellschafter nur in Höhe des Ausfalls gestattete. Es mußte also zuerst der Ausfall überhaupt feststehen, ehe ein Gesellschaftsgläubiger einen Gesellschafter angreifen konnte.[1]) In das neue Handelsgesetzbuch ist diese Bestimmung nicht übergegangen. Der Gesellschaftsgläubiger kann daher während des Gesellschaftskonkurses sofort gegen jeden Gesellschafter vorgehen. Wäre er durch § 14 K.O. gehindert, so müßte er sich gedulden, bis der Gesellschaftskonkurs zu Ende wäre. Nunmehr könnte er aber, da er ja in Höhe der Dividende im Gesellschaftskonkurs befriedigt ist, nur den Restbetrag gegen den Gesellschafter geltend machen. Dies würde aber praktisch auf dasselbe hinauslaufen, wie wenn Art. 122 allg. H.G.B. noch in Geltung wäre, der doch aber bewußtermaßen in das neue Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen worden ist. Die durch Art. 122 allg. H.G.B. dem Schuldner gewährte exceptio excussionis realis hat praktisch dieselbe Bedeutung wie das Verbot der Sonderexekution nach § 14 K.O. Zwischen Art. 122 allg. H.G.B. und § 14 K.O. besteht nur der Unterschied, daß bei ersterem schon bei Feststehen des Ausfalls, d. h. nach Dividendenfeststellung Vollstreckung möglich ist, nach § 14 dagegen nicht.

3. Kann andererseits pendente concursu *ein Nichtsondergläubiger des Gemeinschuldners in das nicht zur Masse des Sonderkonkurses gehörige konkursfreie, zum Sondervermögen gehörige Vermögen Zwangsvollstreckung betreiben?* Dies fällt nicht unter § 14 K.O., da die Privatgläubiger nicht Konkursgläubiger des Sonderkonkurses sind. Ist nun z. B. das Sondervermögen gesamthänderisch gebunden (offene Handelsgesellschaft, Erbengemeinschaft), so kann der Privatgläubiger nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (§ 135 H.G.B. und arg. § 2040 B.G.B.) nur nach Einleitung eines langwierigen Verfahrens (Pfändung des Anteils) die Zwangsvollstreckung in das konkursfreie, zum Sondervermögen gehörige Vermögen erwirken. In den Fällen aber, wo nur *ein* Gemeinschuldner vorhanden ist (z. B. Nachlaßkonkurs), Hindernisse der eben bezeichneten Art also nicht im Wege stehen, hat es meist praktische Schwierigkeiten, ob eine

[1]) Bes. Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 121 f., 135 f.

Zwangsvollstreckung in den konkursfreien Nachlaß überhaupt erwirkt werden kann; denn beim Nachlaß kommt im allgemeinen ein Neuerwerb gar nicht mehr in Betracht und das nicht beschlagnahmefähige Vermögen hat sich ja nach den Verhältnissen des Erben zu bestimmen. Bei einer Einzelvollstreckung kommen aber dieselben in gleicher Weise in Betracht.

4. Wird durch Anmeldung im Sonderkonkurs die Verjährung der Forderung auch gegenüber dem Nichtsondervermögen unterbrochen? Daß im Regelkonkurs durch die Anmeldung der Forderung im Konkurs die Verjährung derselben nicht nur gegen die Konkursmasse, sondern auch gegen den Gemeinschuldner unterbrochen wird, ergibt sich m. E. ohne weiteres aus § 209 B.G.B., da die Anmeldung im Konkurs eine Art der Rechtsverfolgung gegen den Gemeinschuldner darstellt. Unzutreffend ist daher die Ansicht Wolffs,[1]), daß gegenüber dem Gemeinschuldner in Ansehung des konkursfreien Vermögens die Verjährung der Forderung bloß gehemmt werde, da der Gemeinschuldner während des Konkurses nicht belangt werden könne und demnach vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt sei (§ 202 B.G.B.). Wie aber in den Fällen des Sonderkonkurses? Ist es möglich, daß die Verjährung gegen einen Gemeinschuldner mit Beziehung auf das Sondervermögen unterbrochen wird während sie mit Beziehung auf das Nichtsondervermögen weiterläuft? Das Reichsgericht,[2]) Gierke[3]) und Cosack[4]) sprechen bei der offenen Handelsgesellschaft von einem Ruhen der Verjährung wegen des Grundsatzes: agere non valenti non currit praescriptio. Dieser Grundsatz kann aber hier nicht durchgreifen, da ja eine Rechtsverfolgung, Klage und Zwangsvollstreckung während des Sonderkonkurses gegen den Gemeinschuldner zulässig ist. Auch § 425 Abs. 2 B.G.B. steht nicht entgegen. Vielmehr bleibt zu beachten, daß durch die Anmeldung der Forderung im Sonderkonkurs die Unterbrechung der Sondervermögensschuld als solcher, also der Gesellschaftsschuld, der Nachlaßverbindlichkeit, eintritt, demnach auch gegen den für diese Schuld mit seinem Nichtsondervermögen haftenden Gemeinschuldner wirkt. Gesetz-

[1]) K.O. § 139 Anm. 3.
[2]) R.G. Bd. 5 S. 57.
[3]) Genossenschaftstheorie S. 563.
[4]) Handelsrecht S. 586 Z. 2 b.

lichen Ausdruck hat diese Erwägung in § 123 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes gefunden, wonach die Anmeldung im Konkurs der Genossenschaft zugleich auch die Verjährung gegen den Genossen unterbricht. Diese Bestimmung ist deshalb im Gesetz ausdrücklich getroffen worden, weil es angesichts der juristischen Persönlichkeit der Genossenschaft zweifelhaft sein konnte, ob auch gegen den Genossen die Unterbrechung eintritt.

5. Nach § 144 K.O. gilt eine angemeldete Forderung als festgestellt, soweit gegen sie im Prüfungstermin weder vom Verwalter noch von einem Konkursgläubiger ein Widerspruch erfolgt. Dabei ist aber zu beachten, daß der Widerspruch des Gemeinschuldners im Sonderkonkurs eventuell dieselbe Wirkung haben kann, wie derjenige eines Konkursgläubigers, sofern er als Konkursgläubiger sich am Verfahren beteiligen kann. Es ist demnach hier zu prüfen, ob der Gemeinschuldner als solcher oder als Konkursgläubiger widerspricht; denn im letzteren Fall gilt die Forderung als nicht festgestellt. An und für sich steht es im Belieben des Gemeinschuldners, ob er im Prüfungstermin als Konkursgläubiger oder als Gemeinschuldner bestreiten will. Ist jedoch sein Wille nicht erkennbar, so wird im Zweifel anzunehmen sein, daß er als Gemeinschuldner widersprochen hat; denn seine Stellung als Konkursgläubiger ist im Verfahren als Ausnahme zu betrachten. In erster Linie nimmt er die Stellung des Gemeinschuldners ein, und wenn er einmal, weil er zufällig auch Konkursgläubiger ist, in dieser Eigenschaft auftreten will, so ist es selbstverständlich, daß er dies erkennbar zu machen hat. Es kann nicht einfach zu Grunde gelegt werden, daß die dem Gemeinschuldner günstigere Auslegung Platz zu greifen hat. Im konkreten Fall wird eine Klärung durch Ausübung des richterlichen Fragerechts (§ 139 C.P.O.) erfolgen können.

Wenn die Forderung von keiner Seite bestritten worden ist, so ist nunmehr festgestellt, daß die Forderung aus dem Sondervermögen zu befriedigen ist. Diese Feststellung ist aber noch nicht eine Feststellung gegen den Gemeinschuldner, d. h. gegen sein Nichtsondervermögen. Vielmehr ist nur festgestellt, daß dem betreffenden Gläubiger eine Forderung zusteht, für die das Sondervermögen haftet. Es ist also gegenüber allen Beteiligten rechtskräftig festgestellt, daß eine Gesellschaftsschuld oder eine Nachlaßverbindlichkeit besteht.[1])

[1]) Ebenso Jäger K.O. §§ 164 Anm. 9, 214 Anm. 12; Burchardt Feststellung S. 65 f. und 81 f.; K.G.Bl. 1909 S. 74.

Findet nun aus dieser Feststellung gemäß § 164 Abs. 2 auch die Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner statt, der persönlich für die Schulden des Sondervermögens einzustehen hat? Bei der offenen Handelsgesellschaft wurde dies früher von Jäger[1]) angenommen und ausgeführt, daß der betreffende Gläubiger gegen den Gesellschafter durch die Feststellung im Gesellschaftskonkurs einen Vollstreckungstitel erhalte. Diese Ansicht würde aber doch verkennen, daß der Gesellschafter Gemeinschuldner bloß mit Beziehung auf das Sondervermögen ist und daß die Feststellung nichts anderes bedeutet, als daß er aus dem Sondervermögen zu zahlen verpflichtet ist. Hinsichtlich der gar nicht vom Konkurs ergriffenen Vermögensmasse kann diese scharfe Konsequenz nicht gezogen werden.[2]) Uebrigens stand die Haftung des Nichtsondervermögens für die Schuld dabei gar nicht zur Debatte, ist also auch gar nicht entschieden. Dies gilt insbesondere auch von der Feststellung im Nachlaßkonkurs. Zwar ist auch hier dem Erben gegenüber das Bestehen einer Nachlaßverbindlichkeit rechtskräftig festgestellt; ein Vollstreckungstitel gegen den Erben ist aber daraus noch nicht entstanden.[3])

Kein Hindernis besteht natürlich, daß die Konkursgläubiger bei Verfolgung ihres Anspruchs gegen den persönlich haftenden Gemeinschuldner im Wege der Klage sich auf die Feststellung im Sonderkonkurs stützen können. Bestreitet also ein Gemeinschuldner nicht im Sonderkonkurs, so ist auch ihm gegenüber das Bestehen einer Sondervermögensschuld rechtskräftig festgestellt, während freilich die Frage der Haftung des Nichtsondervermögens für dieselbe Schuld damit nicht erledigt ist. Ist jedoch vom Gemeinschuldner im Prüfungstermin widersprochen worden, so ist ihm gegenüber durch die trotzdem wegen des Nichtbestreitens des Verwalters und der Konkursgläubiger erfolgte Eintragung in die Konkurstabelle eine Sondervermögensschuld nicht rechtskräftig festgestellt. Der Gläubiger kann sich also ihm gegenüber bei einer späteren Inanspruchnahme auf die Feststellung nicht berufen. Bei einer Gemeinschuldnermehrheit entsteht die Frage, ob das Bestreiten eines einzelnen

[1]) Konkurs der offenen H.G. S. 73. bes. S. 80.

[2]) Jetzt ebenso Jäger K.O. § 164 Anm. 9; a. A. Petersen-Kleinfeller K.O. S. 625.

[3]) Seuffert Konkursprozeß S. 397.

Gemeinschuldners überhaupt Rechtswirksamkeit hat und welche Wirkungen sich alsdann daraus ergeben. Jäger[1]) und Hellmann[2]), letzterer nur für den Fall des Nachlaßkonkurses, führen aus, daß der Widerspruch seitens eines Gemeinschuldners die Forderung zu einer von allen Gemeinschuldnern bestrittenen mache, da das Bestehen oder Nichtbestehen der Gesellschaftsschuld oder der Nachlaßverbindlichkeit allen Gemeinschuldnern gegenüber nur einheitlich festgestellt werden könnte. Demgegenüber wurde oben schon ausgeführt[3]), daß einer analogen Anwendung des § 62 C.P.O. nicht unwesentliche Bedenken entgegenstehen, daß vielmehr die Handlungen eines jeden Gemeinschuldners den andern weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen können und daß insbesondere die von Jäger gezogene Folgerung durch § 62 C.P.O. nicht gerechtfertigt werden kann, wenn nur einer der mehreren Gemeinschuldner widerspricht, die anderen sich aber gerade entgegengesetzt verhalten und die Forderung anerkennen. In diesem Fall kann unmöglich der Säumige als durch den Nichtsäumigen vertreten angesehen werden; wer wäre denn in diesem Fall überhaupt der Säumige? Da ein Widerspruch im Prüfungstermin ohne jeden Grund erfolgen kann, kann auch nicht etwa eine Entscheidung dahingehend getroffen werden, wer von den sich widersprechend verhaltenden Gemeinschuldnern das bessere Recht zu seinem Verhalten hat. Vielmehr muß es bei dem formalen Bestreiten bezw. Anerkennen sein Bewenden haben. Soll nun aber der Gläubiger gegenüber dem, der nicht bestritten hat, während ein anderer Widerspruch erhoben hat, sich nicht darauf berufen können, daß eine Gesellschaftsschuld vorliegt, so daß diesem Gemeinschuldner nur noch die Verteidigung betreffend die Nichthaftung mit dem Nichtsondervermögen vorbehalten bleibt? Soll er vielmehr genötigt sein, einen langwierigen Prozeß anzufangen, in welchem der Gemeinschuldner alle möglichen Einwendungen noch gegen die Gesellschaftsschuld vorbringt? Wenn der Gemeinschuldner zugestanden hat, so ist dies kein gerichtliches Geständnis im Sinne des § 288 C.P.O.; es wäre aber eine unbillige Erschwerung der Rechtsverfolgung, wenn der Gläubiger sich noch nachträglich alle möglichen Einwendungen gegen die

[1]) KO. § 164 Anm. 9 und K.O. § 214 Anm. 18.
[2]) Lehrbuch S. 611.
[3]) S. § 6 III der Arbeit.

„Sondervermögens"-schuld gefallen lassen müßte. — Daß aber derjenige der mehreren Gemeinschuldner, welcher im Prüfungstermin ausgeblieben ist, in nicht zu rechtfertigender Weise Nachteile erleiden würde, wenn der von dem erschienenen Gemeinschuldner erhobene Widerspruch nicht auch zu seinen Gunsten wirken würde, kann nicht gesagt werden. Dem im Prüfungstermin nicht bestreitenden Gemeinschuldner gegenüber ist also durch die Feststellung in der Tabelle die Sondervermögensschuld rechtskräftig festgestellt.

V.

§ 16. Beendigung des Sonderkonkurses durch Zwangsvergleich.

I. Von den Beendigungsgründen des Konkursverfahrens ist hier lediglich von Interesse der Zwangsvergleich. Die Einstellung des Verfahrens infolge Konkursverzichts (§ 202 K.O.) kann nur insofern von Bedeutung sein, als es zweifelhaft ist, ob der Antrag auf Einstellung bei einer Gemeinschuldnermehrheit von allen zusammen zu stellen ist oder ob der Antrag eines einzigen genügt. Wie oben schon dargelegt wurde, ist aber ein gemeinsamer Antrag nicht erforderlich.[1])

1. Nach § 173 K.O. kann ein Zwangsvergleich nur auf den Vorschlag des Gemeinschuldners geschlossen werden. Beim Sonderkonkurs entsteht die Frage, ob dieser Vorschlag nur einheitlich von allen Gemeinschuldnern ausgehen kann oder ob auch ein einzelner dazu berechtigt ist. In dieser Beziehung hat das Gesetz für den Gesellschafts- und den Nachlaßkonkurs die gleichlautende Bestimmung getroffen, daß der Vorschlag nur von allen persönlich haftenden Gesellschaftern bezw. von allen Erben gemeinschaftlich ausgehen könne (§§ 211 und 230 K.O.). Dies sind die jeweiligen Gemeinschuldner. Diese Regelung ist die Folge davon, daß der Zwangsvergleichsvorschlag eine materielle Verfügung über das Gesamthandsvermögen ist. Denn trotz Konkurseröffnung bilden die mehreren Gemeinschuldner noch eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, bei welcher aber in Beziehung auf materielle Verfügungen Ge-

[1]) Siehe § 6 III der Arbeit.

samthänder nicht mehr eine etwa vor Konkurseröffnung bestehende Vertretungsbefugnis haben. Man wird daher in allen Fällen der Gemeinschuldnermehrheit den Zwangsvergleichsvorschlag nur von allen Gemeinschuldnern zusammen ausgehen lassen können.

2. Die Zulässigkeit eines Zwangsvergleichs hängt nach § 175 von dem Nichteintritt gewisser in der Person des Gemeinschuldners liegender Tatsachen ab, welche das Vertrauen zu ihm erschüttern und als eine nicht hinreichende Gewähr für die Durchführung des Zwangsvergleichs erscheinen. Dieselben Gründe treffen natürlich auch bei einem im Sonderkonkurs abgeschlossenen Zwangsvergleich zu. Es entsteht aber sofort die weitere Frage, ob bei einer Gemeinschuldnermehrheit jene Tatsachen bei allen vorliegen müssen. Nach der ratio des § 175, nach welcher in jenen Fällen der Verdacht unlauterer Verschleierung der Vermögenslage und dadurch die Gefahr einer Uebervorteilung der Gläubiger durch den Vergleich begründet erscheint, ist diese Gefahr auch schon dann vorhanden, wenn in der Person nur eines Gemeinschuldners eine jener Tatsachen eintritt. Es muß daher mit der herrschenden Meinung der Zwangsvergleich als unzulässig betrachtet werden, wenn schon bei einem der Gesellschafter oder Miterben eine der in § 175 aufgezählten Tatsachen vorliegt.[1]) Dementsprechend muß auch zur Anwendung des § 187 K.O. das unredliche bezw. leichtsinnige Verhalten eines einzigen Gemeinschuldners genügen.[2])

Müssen aber die Unzulässigkeitsgründe sich gerade auf das im Konkurs befindliche Sondervermögen beziehen oder ist der Zwangsvergleich schon dann unzulässig, wenn überhaupt einmal in der Person eines Gemeinschuldners ein solcher Unzulässigkeitsgrund, insbesondere mit Beziehung auf sein Nichtsondervermögen, vorhanden war? Muß also z. B. der Offenbarungseid gerade mit Rücksicht auf das im Konkurs befindliche Sondervermögen verweigert worden sein? Muß ferner gerade bezüglich des Sondervermögens eine Verurteilung oder eine

[1]) Ebenso Jäger K.O. §§ 211 Anm. 2, 230 Anm. 10, 175 Anm. 3; Fitting § 55 Nr. 11, Wilmoski K.O. § 211 Anm. 1; Petersen-Kleinfeller § 175 Anm. 1; Seuffert S. 417; a. A. Wolff § 175 Anm. 4.

[2]) Petersen-Kleinfeller K.O. § 187 Nr. 8; Jäger K.O. § 187 Anm. 9.

gerichtliche Untersuchung wegen betrüglichen Bankerutts erfolgt sein? Oder genügt es, wenn hinsichtlich des Nichtsondervermögens, sei es gleichzeitig, sei es früher einmal, eine solche Verurteilung oder Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung erfolgt war? Im Regelkonkurs ist es bestritten, ob es als Unzulässigkeitsgrund anzusehen sei, wenn eine Tatsache nach § 175 Z. 2 und 3 früher einmal eingetreten war. Die herrschende Meinung[1]) geht davon aus, daß ein solcher Grund nur dann ein Hindernis für den Zwangsvergleich bildet, wenn er mit dem jetzigen Konkursverfahren in Zusammenhang steht. Demgegenüber behauptet aber insbesondere Wolff[2]), daß auch schon eine Verurteilung wegen eines früheren betrüglichen Bankerutts den Zwangsvergleich jetzt unmöglich mache, weil der Kridar sich jedes Vertrauens unwürdig gezeigt habe. — Die Gründe Wolffs können nicht als zutreffend bezeichnet werden. Denn es wäre eine unbillige Härte des Gesetzgebers, wenn einem Gemeinschuldner, der früher einmal ein unredliches Verhalten an den Tag gelegt hatte, nunmehr, wo er vielleicht bloß durch Zufälligkeiten in Gant geraten ist, die Möglichkeit versagt wäre, einen Zwangsvergleich abzuschließen. Der legislative Grund des § 175 ist auch ein ganz anderer[3]); er bezieht sich lediglich auf das jetzt im Konkurs befangene Vermögen; daran haben die Gläubiger allein auch ein Interesse und deswegen muß ihnen nur insoweit ein Schutz gewährt werden, als dieses Interesse reicht. Es ist daher der herrschenden Meinung der Vorzug zu geben. Nach dem eben Gesagten ist es wahrscheinlich, daß auch im Sonderkonkurs eine Tatsache im Sinn des § 175 Ziff. 2 und 3 K.O. ein Hindernis für den Zwangsvergleich nur bildet, wenn diese Tatsache gerade mit dem Sonderkonkursverfahren in Zusammenhang steht. Es könnten aber immer noch Zweifel in der Richtung bestehen, ob nicht etwa der Zwangsvergleich im Sonderkonkurs unzulässig sei, wenn gleichzeitig hinsichtlich des Nichtsondervermögens eines Gemeinschuldners einer der in § 175 Ziff. 2 und 3 K.O. aufgezählten Gründe vorliegt. Aber auch diese Bedenken werden durch die ratio des § 175 beseitigt. Denn die Sonderkonkursgläubiger sind durch jene strafbaren Handlungen gar nicht gefährdet worden, da letztere ja das Nichtsonder-

[1]) Petersen-Kleinfeller K.O. § 175 Anm. 4; Seuffert S. 416; Jäger K.O. § 175 Anm. 7; Sarwey-Bossert § 175; Fitting a. a. O.

[2]) K.O. § 175 Anm. 4; ebenso Wilmowski a. a. O.

[3]) Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 159 Anm. 5.

vermögen betrafen. Es wäre zudem höchst unbillig, wenn den anderen Mitgemeinschuldnern die Rechtswohltat des Zwangsvergleichs verschlossen wäre, lediglich weil einer der Gemeinschuldner sich hinsichtlich seines Nichtsondervermögens, auf das sie ja keinen Einfluß gehabt hatten, strafbar machte. Es kann also im Sonderkonkurs nur ein in Beziehung auf das Sondervermögen verübter betrüglicher Bankerutt als Unzulässigkeitsgrund i. S. des § 175 Ziff. 2 und 3 gelten.[1])

3. Nach § 183 K.O. bleibt bei der Berechnung der nach § 182 Abs. 1 erforderlichen Mehrheiten der Ehegatte des Gemeinschuldners außer Betracht, wenn er dem Vergleich zugestimmt hat. Diese Bestimmung findet grundsätzlich auch auf den Sonderkonkurs Anwendung, namentlich wenn nur ein Gemeinschuldner vorhanden ist. Ist sie aber auch anzuwenden, wenn eine Gemeinschuldnermehrheit besteht? Gottschalk[2]) verneint diese Frage für den Ehegatten eines Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft und weist vor allem darauf hin, daß das Schuldverhältnis der Ehegatten beim Einzelkonkurs ein wesentlich anderes sei, als im Gesellschaftskonkurs. Denn im ersteren Fall sei der Gemeinschuldner der unmittelbare Schuldner der Ehefrau, während im Gesellschaftskonkurs der Nachweis erforderlich sei, daß die Ehefrau ihr Geld der Gesellschaft gegeben habe und die Eintragung der Schuld in die Bücher derselben erfolgt sei; sie sei Gläubigerin der Gesellschaft und jeder Gesellschafter hafte ihr solidarisch für den im Gesellschaftskonkurs erlittenen Ausfall; also erst, wenn der Konkurs durch Ausschüttung beendet sei, trete die persönliche Haftung ein. In erster Linie richte sich daher im Gesellschaftskonkurs der Anspruch der Ehefrau gegen das ein Separatobjekt bildende Handlungsvermögen und erst in zweiter Reihe gegen den Ehegatten. Wenn daher die Ehefrau einen Zwangsvergleich genehmige, so gebe sie gleichzeitig weitgehende Rechte auf, die ihr nicht nur gegen ihren Ehemann, sondern auch gegen Dritte zustehen. Endlich sei zu beachten, daß die offene Handelsgesellschaft doch einer juristischen Person mindestens gleichstehe und daß § 183 nicht von den Ehegatten, sondern von dem Ehegatten spreche, während im Sonderkonkurs eine Mehrheit von Ehegatten in Betracht käme.

---

[1]) Ebenso Jäger K.O. § 175 Anm. 7.

[2]) Deutsche Juristenzeitung 1902 S. 198.

Diesen Ausführungen ist zunächst entgegenzuhalten, daß es unrichtig ist, die offene Handelsgesellschaft als juristische Person oder als ein einer solchen mindestens gleichstehendes Gebilde zu bezeichnen.[1]) Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß in § 183 K.O. mit den Worten: „dem Ehegatten" eben der Normalfall getroffen werden sollte, und das ist der Regelkonkurs. Der Gesetzgeber hat den Ausnahmefall nicht berücksichtigt, daß gelegentlich auch einmal mehrere Gemeinschuldner vorhanden sein können; also kann auch der rein formale Grund des Wortlauts nicht für die Ansicht Gottschalks sprechen. Endlich ist es aber verfehlt, der Ehefrau eines Gemeinschuldners einen Anspruch in erster Linie gegen die Gesellschaft und erst in zweiter Linie gegen jeden Gesellschafter zu gewähren. Sie hat als Gläubigerin der Gesellschaft gleichzeitig sowohl gegen diese als auch gegen jeden Gesellschafter einen Anspruch erworben, welcher durch die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses nicht einen subsidiären Charakter erhalten hat. Es ist ja wohl zutreffend, daß die Ehefrau durch Genehmigung des Zwangsvergleichs weitgehende Rechte gegen Dritte, nämlich gegen andere Gesellschafter, aufgibt, da der Zwangsvergleich auch die persönliche Haftung der Gesellschafter begrenzt. Es spricht aber doch eine Vermutung dafür, daß die Ehefrau eines Gemeinschuldners, wenn sie stimmberechtigt wäre, in erster Linie deshalb mitstimmt, um ihrem Ehemann die Vorteile des Zwangsvergleichs zu sichern. Wenn sie daher einen erheblichen Betrag zu fordern hätte, so könnte durch ihre vielleicht ausschlaggebende Stimme eine Gläubigerminorität in ihren Interessen wesentlich geschädigt werden. Es rechtfertigt sich daher auch im Sonderkonkurs bei Gemeinschuldnermehrheit, die Ehefrau von der Abstimmung am Zwangsvergleich auszuschließen.[2])

Da im Sonderkonkurs der Gemeinschuldner ebenfalls als Konkursgläubiger auftreten kann, so besteht auch bei ihm die Möglichkeit, bei einem Zwangsvergleich mitzustimmen. Hat nun seine Stimme außer Betracht zu bleiben? Ein zwingendes argumentum a maiore ad minus ex § 183 spricht dafür, dem Gemeinschuldner selbst das Stimmrecht zu versagen.[3])

[1]) Vgl. oben § 3 B I der Arbeit.

[2]) Ebenso Jäger K.O. § 183 Anm. 9; Meyer D.J.Z. 1902 S. 342; Bendix Recht 1902 S. 260; L.G. Insterburg Recht 1903 S. 530; Grätzer L.Z. 1912 S. 650.

[3]) Ebenso Jäger K.O. § 183 Anm. 9; Meyer D.J.Z. a. a. O.; Hellmann Lehrbuch S. 592 und 611.

Zur weiteren Begründung führt Meyer noch aus, daß ja der Zwangsvergleich ein Vertrag sei, den der Gemeinschuldner mit sämtlichen Gläubigern schließt. Würde ihm das Recht eingeräumt, bei einem Zwangsvergleich mitzustimmen, so müßte er ja diesen Vertrag mit sich selbst schließen, was aber nicht der Fall sein könne. Allein ebenso wie der Gemeinschuldner im Sonderkonkurs Konkursgläubiger sein kann, ebenso steht die Vertragsnatur des Zwangsvergleichs seiner Stimmberechtigung nicht entgegen. Anders im Universalkonkurs, wo der Gemeinschuldner aber ja auch nicht Konkursgläubiger sein kann.

II. Die Wirkungen des im Sonderkonkurs geschlossenen Zwangsvergleichs.

1. Wirkung auf Gläubiger, die sich am Sonderkonkurs nicht beteiligt haben. Nach § 193 K.O. ist der Zwangsvergleich für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger wirksam, mögen sie sich nun im Sonderkonkurs beteiligt haben oder nicht. Hat demnach ein Gesellschaftsgläubiger auf die Beteiligung im Gesellschaftskonkurs verzichtet, so wirkt der Zwangsvergleich trotzdem gegen ihn. Dies gilt auch bezüglich des § 211 Abs. 2 K.O.

2. Gilt § 211 Abs. 2 K.O. entsprechend auch im Nachlaßkonkurs, da dort eine besondere Bestimmung nicht getroffen ist? Es besteht Streit, ob bei vorher unbeschränkter persönlicher Haftung des Erben durch den Zwangsvergleich im Nachlaßkonkurs die Haftung auf die Vergleichsrate begrenzt wird. Die Unterlassung der Normierung einer dem § 211 Abs. 2 K.O. analogen Bestimmung beim Nachlaßkonkurs legt allerdings den Schluß nahe, daß der Gesetzgeber beim Nachlaßkonkurs eine derartige Haftungsbeschränkung nicht zulassen wollte. Denn die im wesentlichen ähnlichen Bestimmungen der beiden Sonderkonkurse — die in §§ 214—235 sonst getroffenen Vorschriften sind auf die Eigenart des Nachlasses als des Vermögens eines Verstorbenen zurückzuführen und können nicht gegen unsere Ansicht ins Feld geführt werden — hätten es ja ohne weiteres mit sich gebracht, eine dem § 211 Absatz 2 entsprechende Bestimmung beim Nachlaßkonkurs zu treffen, wenn der Gesetzgeber auch die persönliche Haftung des Erben beschränken wollte. Auch hier muß aber die Natur der Sache entscheiden. Zunächst kann nicht entgegengehalten werden, daß ein Zwangsvergleich bei unbeschränkter Haftung des Erben ausgeschlossen sei;[1]) zwar ist er bei günsti-

[1]) Ebenso Jäger K.O. § 230 Anm. 15; Hellmann Lehrbuch S. 613.

ger Vermögenslage des Erben wenig wahrscheinlich; es kann aber doch sein, daß die Gläubiger sich damit begnügen, die Quote alsbald zu bekommen oder Sicherstellung derselben gegen zufälligen oder schuldhaften Untergang von Nachlaßgegenständen zu erlangen. Dann beschränken sich aber die Nachlaßverbindlichkeiten als solche auf die im Vergleich festgesetzte Quote, und, da der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten als solche, und zwar entsprechend ihrer Weiterentwicklung, persönlich haftet, muß durch den Zwangsvergleich auch die persönliche Haftung selbst begrenzt werden. Sonst hätte ja der Erbe nicht das geringste Interesse daran, einen Vergleich vorzuschlagen. — Praktisch scheint sich allerdings dann kein wesentlicher Unterschied gegenüber einem Zwangsvergleich im Nachlaßkonkurs bei nur beschränkter Haftung des Erben zu ergeben. Normalerweise ist in diesem Fall ein Vergleich nur möglich, wenn der Erbe sich auch persönlich verpflichtet. Denn da die Gläubiger sowieso den Nachlaß untereinander verteilen können, so muß doch von Seiten des Gemeinschuldners ihnen noch mehr angeboten werden, um sie zu einem Vergleich zu veranlassen.

Wenn demnach das Ergebnis dasselbe ist wie bei unbeschränkter Haftung des Erben, so erklärt sich dies daraus, daß bei beschränkter Haftung noch eine besondere Verpflichtung des Erben hinzukommt, die eigentlich gar nicht erforderlich gewesen wäre. Es muß also doch auch im *Nachlaßkonkurs bei unbeschränkter Haftung* des Erben eine *Begrenzung der Haftung eintreten, ebenso auch im Gesamtgutskonkurs.*[1])

3. Hat ein Gläubiger für seine Forderung an das Sondervermögen an einem zum Privatvermögen gehörigen Gegenstand ein *Absonderungsrecht*, so fragt es sich, ob er nach Abschluß des Zwangsvergleichs im Sonderkonkurs an dem Gegenstand seiner abgesonderten Befriedigung *nur noch in Höhe der Vergleichsrate* Befriedigung suchen *oder* ob er ohne Rücksicht auf den Zwangsvergleich sich aus dem Pfandobjekt befriedigen kann, so daß er also eventuell mehr als die bloße Vergleichsrate erhält. Schon Habicht[2]) hat früher zutreffend ausgeführt, daß sich § 211 Absatz 2 nur auf die kraft Gesetzes eintretende

[1]) Ebenso Jäger a. a. O.; Seuffert S. 443 Anm. 25; Binder Rechtsstellung des Erben II S. 185 Anm. 9; a. A. Strohal Erbrecht II § 80 Nr. 20 a, Hellmann a. a. O.

[2]) Busch's Archiv Bd. 46 S. 383; dagegen Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 163.

Solidarhaft der Gesellschafter, nicht auch auf die durch einen besonderen Rechtsakt, z. B. Verpfändung, herbeigeführte spezielle Haftung eines einzelnen Gesellschafters beziehe. Nach heutigem Recht steht es aber auf Grund von § 193 Satz 2 zweifellos fest, daß sich der Gläubiger aus dem am Nichtsondervermögen bestehenden Pfandrecht ohne Rücksicht auf den im Sonderkonkurs geschlossenen Zwangsvergleich voll befriedigen kann. Denn wenn schon die an Gegenständen der Konkursmasse bestellten Pfandrechte für eine Forderung durch den Zwangsvergleich unberührt bleiben, muß dies umsomehr für ein an einem nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand bestelltes Pfand gelten.[1])

4. Aus dem Zwangsvergleich findet nach § 194 K.O. die Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner statt. Wie bei der oben besprochenen Feststellung wird aber bei dem Zwangsvergleich im Sonderkonkurs nicht eine hinsichtlich des Privatvermögens bestehende persönliche Verpflichtung des Gemeinschuldners rechtskräftig festgestellt. Deshalb kann, abgesehen davon, daß der Zwangsvergleich selbst nach der richtigen und herrschenden Ansicht nicht den Vollstreckungstitel bildet, auf Grund des § 194 K.O. nicht in das Privatvermögen des Gemeinschuldners vollstreckt werden[2]), sondern nur in das Sondervermögen ist eine etwaige Vollstreckung möglich. Freilich ist es wohl Regel, daß die Konkursgläubiger verlangen, daß die Gemeinschuldner sich im Vergleich noch persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Privatvermögen unterwerfen. Dies wäre dann aber eine vollstreckbare Urkunde i. S. des § 794 Abs. 1 Nr. 5 C.P.O.

5. Gemäß § 192 K.O. erhält nach dem Zwangsvergleich der Gemeinschuldner die Masse zur freien Verfügung zurück. Bei einer Gemeinschuldnermehrheit wird das nach § 6 den Gemeinschuldnern entzogene Verfügungs- und Verwaltungsrecht ihnen zur gesamten Hand zurückgewährt.

---

[1]) Ebenso Jäger K.O. § 211 Anm. 3; a. A. Petersen-Kleinfeller K.O. § 212 Anm. 4.

[2]) Vgl. Jäger a. a. O.

VI.

Der Konkurs über das Nichtsondervermögen eines Gemeinschuldners (Privatkonkurs).

§ 17. Der Konkurs über das Vermögen exklusive Sondervermögen (i. a.).

I. Der Konkurs über das Privatvermögen eines Schuldners, dessen einer Vermögensteil Gegenstand eines Sonderkonkurses bilden kann, ist ein Universalkonkurs. Hier wird die Konkursmasse aus dem gesamten gemeinschuldnerischen Vermögen gebildet; in der Regel sind auch sämtliche Gläubiger beteiligt, wenn es auch, z. B. bei nur beschränkter Haftung des Erben, Fälle gibt, wo am Privatkonkurs nur eine beschränkte Anzahl Gläubiger, nämlich die Privatgläubiger, teilnahmeberechtigt ist. — Grundlage für diesen Konkurs ist aber, daß er prinzipiell das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners umfaßt. Im Konkurs eines Gesellschafters gehört somit an sich der Anteil am Gesellschaftsvermögen[1]), im Konkurs des Erben der Nachlaß grundsätzlich zur Konkursmasse.

Selbst wenn nun aber hinsichtlich des Sondervermögens eine Separation eingetreten ist, also z. B. Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs angeordnet worden ist, verliert der Konkurs über das Vermögen exklusive Sondervermögen („Privatkonkurs") nicht die Eigenschaft eines Gesamtkonkurses. Bestritten wird dies von Labes[2]), der in den Fällen gleichzeitiger Gesellschafts- bezw. Nachlaß- und Privatgant des Gemeinschuldners den Privatkonkurs als Sonderkonkurs mit Sonderung nur auf Seiten der Aktivmasse bezeichnet, während die Passivmasse universal sei, da sowohl Sondergläubiger wie Privatgläubiger daran teilnehmen. Im Falle des Nachlaß- und Erbenkonkurses bei nur beschränkter Haftung des Erben bezeichnet Labes den Erbenkonkurs sogar als echten Sonderkonkurs, da hier eine Sonderung sowohl auf Seiten der Aktiv- wie der Passivmasse vorhanden sei. Labes verneint also dann das Vor-

[1]) Vgl. Jäger K.O. § 51 Anm. 1.

[2]) Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 62 S. 122 f.

liegen eines Universalkonkurses beim Privatkonkurs, wenn gleichzeitig Konkurs über das Sondervermögen eröffnet ist. Folgerichtig müßte er auch — diesen Schluß zieht er aber nicht — das Vorliegen eines Universalkonkurses dann bestreiten, wenn über das Sondervermögen nicht gerade Konkurs eröffnet, wohl aber eine Verwaltung angeordnet wurde, deren Aufgabe es ist, das Sondervermögen unter die Sondergläubiger zu verteilen; denn auch hier ist dem Privatkonkurs ein Teil, nämlich das Sondervermögen, entzogen. In Wirklichkeit kann in all diesen Fällen die Eigenschaft des Privatkonkurses als eines Universalkonkurses nicht geleugnet werden. Es mag wohl prima facie scheinen, daß ein Sonderkonkurs vorliegt, weil allerdings eine Sonderung auf Seiten der Aktivmasse erfolgt ist. Aber dies ist nur deshalb geschehen, weil gewisse Gläubiger sich aus diesem Vermögensteil vorweg befriedigen durften, ehe die übrigen Gläubiger diesen Vermögenskomplex angreifen konnten. An Stelle dieses Verlustes ist aber dem Subjekt des Privatvermögens ein Anspruch des Inhalts erwachsen, daß ein etwaiger Ueberschuß, der sich im Sonderkonkurs ergeben sollte, an die Privatkonkursmasse zurückzuerstatten ist. In den meisten Fällen wird dieser Anspruch praktisch freilich keinen Wert haben, weil es wohl selten vorkommt, daß sich im Sonderkonkurs 100 % und mehr Dividende ergeben. Sollte dies aber doch einmal der Fall sein, so fällt der Ueberschuß in die Privatkonkursmasse, weil diese nach § 1 K.O. grundsätzlich das gesamte Vermögen umfaßt, also auch das Sondervermögen bezw. den Anteil des Gemeinschuldners an demselben vorbehältlich der Vorwegbefriedigung aus der Sondermasse seitens der Sondergläubiger, welche durch das Verlangen der Sonderung ihren Anspruch auf Vorwegbefriedigung geltend machen.

Es verhält sich also hier nicht anders als in den Fällen, in denen statt Eröffnung eines Sonderkonkurses die Liquidierung des Sondervermögens auf andere Weise erfolgt, z. B. Liquidation der Handelsgesellschaft, Nachlaßverwaltung. Erfolgt diese Art der Lösung der Verhältnisse, so spricht eine Vermutung dafür, daß bez. des Sondervermögens sich ein Ueberschuß ergibt, der in die Privatkonkursmasse fällt. In diesen Fällen nimmt ja auch Labes an, daß der Privatkonkurs ein Universalkonkurs ist.

Sollte aber nicht dieselbe Annahme gerechtfertigt sein, wenn an Stelle einer solchen gesonderten Verwaltung Konkurs über das Sondervermögen eröffnet worden ist? Die Eröffnung dieses Sonderkonkurses ist ja lediglich deshalb

erfolgt, weil voraussichtlich die vorhandene Masse zur Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht. Labes verkennt eben hier die rechtliche Zugehörigkeit des Sondervermögens, bezw. des Anteils an demselben zum Privatvermögen. Wenn aber lediglich die tatsächlichen Verhältnisse entscheiden müßten, dann wäre die Unterscheidung von Labes zum mindesten ungenau. Es wäre also schon aus diesem Grunde seine Lehre der verschiedenen Arten von Sonderkonkursen abzulehnen. Der „Privatkonkurs" ist aber nicht nur dann Universalkonkurs, wenn neben den Nichtsondergläubigern auch die Sondergläubiger das Recht der Beteiligung haben, z. B. Gesellschafterkonkurs, sondern auch dann, wenn sich nur die Nichtsondergläubiger beteiligen können, z. B. Erbenkonkurs bei beschränkter Haftung des Erben. Die Befriedigung der Nichtsondergläubiger aus dem Nichtsondervermögen ist keine Vorwegbefriedigung.

Auch der „Privatkonkurs" hat seine praktisch bedeutsamen Eigentümlichkeiten, die ihn in manchen Punkten vom gewöhnlichen Universalkonkurs unterscheiden.

II. Einzelheiten:

1. Gemeinschuldner im „Privatkonkurs" ist das Subjekt der Privatvermögensmasse; es verliert somit das Verwaltungs- und Verfügungsrecht seines gesamten Vermögens.

2. Die Konkursmasse des „Privatkonkurses". Was die Anfechtung von Rechtshandlungen anbelangt, so fragt es sich, ob auch Rechtshandlungen angefochten werden können, die sich auf das Sondervermögen beziehen. Es ist möglich, daß in Beziehung auf das nicht selbst vergantete Sondervermögen Rechtshandlungen vorgenommen worden sind, die, wenn es sich nicht um ein Sondervermögen handeln würde, ohne weiteres der konkursmäßigen Anfechtung unterliegen würden. Daß solche Rechtshandlungen eine Benachteiligung der Konkursgläubiger des „Privatkonkurses" zur Folge haben können, ergibt sich, wenn die Sondergläubiger sich nicht aus dem Nichtsondervermögen befriedigen können, dann, wenn der Ueberschuß, der an die Privatkonkursmasse fällt, hienach kleiner ist. Ergibt sich aber ein Ueberschuß aus dem Sondervermögen nicht, so können in den Fällen, in denen die Sondergläubiger zugleich auch das Privatvermögen angreifen dürfen, diese Gläubiger im Privatkonkurs einen

größeren Ausfall anmelden, wenn die Masse des Sondervermögens infolge jener anfechtbaren Rechtshandlung gemindert worden war; dadurch vergrößert sich die Schuldenmasse des Privatkonkurses, wodurch sich eine geringere Dividende für die Konkursgläubiger desselben ergibt. Die Konkursgläubiger des Privatkonkurses können demnach ein erhebliches Interesse daran haben, daß eine auf das Sondervermögen bezügliche Rechtshandlung angefochten werden kann und daß dadurch zunächst das Sondervermögen und indirekt die Konkursmasse des Privatkonkurses vergrößert bezw. die Passivmasse desselben verkleinert werde. Man wird nun zu unterscheiden haben:

a) Gehört das Sondervermögen einer Mehrzahl von Subjekten, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, der Erbengemeinschaft, so hat zur Ermittlung des Anteils des im Privatkonkurs befindlichen Gemeinschafters eine Auseinandersetzung stattzufinden. In diesem Verfahren vertritt der Konkursverwalter des Privatkonkurses den verganteten Gemeinschafter; als solcher übt er aber in dem Auseinandersetzungsverfahren nicht etwa die Befugnisse eines Konkursverwalters aus, sondern hat nur die Rechte des betreffenden Gemeinschafters. Dieser ist aber nicht in der Lage, ein etwaiges Rechtsgeschäft zwischen dem Sondervermögen und dem Dritten anzufechten. Dieses Recht steht nur den Gemeinschaftsgläubigern bezw. dem Verwalter zu, den ersteren eventuell auf Grund des Anfechtungsgesetzes, dem letzteren bei Sonderkonkurs auf Grund der Konkursordnung. Es kann also der Konkursverwalter des Gesellschafterkonkurses eine Rechtshandlung nicht anfechten, die sich auf das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft bezieht.

b) Gehört das Sondervermögen nicht mehreren Subjekten zur gesamten Hand, sondern dem Gemeinschuldner des Privatkonkurses allein, so kann es sich fragen, ob nicht wenigstens hier eine Anfechtung durch den Konkursverwalter des Privatkonkurses möglich ist, z. B. bei Nachlaßverwaltung und Erbenkonkurs. Haftet hier der Erbe beschränkt, so liegt ein Interesse der Privatgläubiger an einer Anfechtung dann vor, wenn bei der Nachlaßverwaltung ein Ueberschuß für den Erben in Betracht kommt; haftet er aber unbeschränkt, so besteht ein solches Interesse jederzeit. Ist der Nachlaß überschuldet, so kann der Nachlaßverwalter eine auf den Nachlaß bezügliche Rechtshandlung auf Grund des Anfechtungsgesetzes nicht anfechten, da eine Benachteiligung der Nachlaßgläubiger nicht erfolgt ist. Könnte aber nicht

der Verwalter des Privatkonkurses diese Anfechtung vornehmen? Hier machen sich jedoch Bedenken geltend, die in den Fällen der Mehrheit von Subjekten sich lediglich deshalb nicht gezeigt haben, weil die Möglichkeit der Anfechtung schon aus einem anderen Grund zu verneinen war. Da nämlich durch die anfechtbare Rechtshandlung etwas aus dem Sondervermögen herausgekommen war, so konnte natürlich die Klage gegen den Anfechtungsgegner nur dahin lauten, daß der betreffende Gegenstand an das Sondervermögen zurückgewährt werde, d. h. an den Verwalter dieses Vermögens. Da indes das Subjekt des Sondervermögens zugleich auch Subjekt des Nichtsondervermögens ist, so kann man nicht etwa folgern, daß es sich hier um eine Klage auf Leistung an einen Dritten handelt, welche ja nur in bestimmten Fällen zugelassen ist. Auch kommt in Betracht, daß der Verwalter des Konkurses betreffend das Nichtsondervermögen den etwaigen Ueberschuß, der sich im Sonderkonkurs ergibt, erhält. Die Möglichkeit der Anfechtung ist daher zu bejahen.

3. Konkursgläubiger. a) Konkursgläubiger sind im Privatkonkurs in erster Linie die Nichtsondergläubiger. Haftet aber das Nichtsondervermögen zugleich auch den Gläubigern des Sondervermögens, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, beim unbeschränkt haftenden Erben, so sind auch diese Gläubiger Konkursgläubiger. Vor den letzteren sind aber die Privatgläubiger keineswegs bevorzugt; diese haben also kein Recht der Vorwegbefriedigung aus dem Privatvermögen. Grundsätzlich partizipieren alle Gläubiger gleichmäßig in diesem Konkurs. Wenn die Sondergläubiger am Privatkonkurs nicht teilnehmen können, z. B. bei beschränkter Haftung des Erben, so sind diesmal nur die Nichtsondergläubiger Konkursgläubiger; um ein Absonderungsrecht handelt es sich hierbei aber nicht.[1]) In dem Privatkonkurs kann das separierte Sondervermögen auch als Konkursgläubiger auftreten, z. B. die offene Handelsgesellschaft für rückständige Einlagen; auch wenn das Sondervermögen im Alleineigentum des Gemeinschuldners des Privatkonkurses steht, ist eine solche Konkursgläubigerschaft denkbar; so kann z. B. der Nachlaßverwalter für den Nach-

[1]) Ein Absonderungsrecht, wie es Art. 41 Abs. 7 des württ. Einführungsgesetzes des allgem. Handelsgesetzbuchs auf Grund des Art. 122 allgem. H.G.B. festsetzte, existiert heute wegen § 4 K.O. nicht mehr. Für die Erbengläubiger hat ein solches Vorrecht nie bestanden.

laß, deren Subjekt ja der Erbe selbst ist, gegen den im Privatkonkurs befindlichen Erben Forderungen wegen schlechter Führung der Nachlaßgeschäfte geltend machen.

b. Da § 68 K.O. analoge Anwendung[1]) findet, wenn — im ersten Fall — die Sondergläubiger sich auch am Privatkonkurs beteiligen können, so kann jeder Sondergläubiger seine Forderung, wie sie bei Eröffnung des Privatkonkurses bestand, geltend machen, ohne Rücksicht darauf, wie er bei der Liquidierung des Sondervermögens befriedigt wird. Freilich darf er dadurch nicht mehr bekommen als er überhaupt zu fordern hat; es ist ihm aber dadurch ermöglicht, seine Forderung in voller Höhe befriedigt zu erhalten. Erfährt bei der Liquidierung des Sondervermögens die Forderung des Gläubigers eine Reduktion, kommt also z. B. bei der Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft infolge eines Arrangements ein Vergleich zustande, so kann der Gläubiger im Privatkonkurs nur in Höhe der Vergleichsrate anteilmäßige Befriedigung verlangen; § 211 Absatz 2 K.O. enthält nur eine Anwendung dieses allgemeinen Satzes. Hat aber ein Sondergläubiger für seine Forderung an einem Gegenstand des Sondervermögens ein Pfandrecht, so kann er doch nach § 68 K.O. im Privatkonkurs die ganze Forderung geltend machen und ist nicht gemäß § 64 K.O. auf eine Befriedigung im Privatkonkurs für den Ausfall angewiesen; denn nach § 64 muß der betreffende Gegenstand zur Konkursmasse gehören.

c) Diejenigen Sondergläubiger, die in einem etwaigen Sonderkonkurs als bevorrechtigte Konkursgläubiger auftreten könnten, können dieses Vorrecht auch im Privatkonkurs geltend machen. Denn die ratio des § 61 K.O. trifft auch hier zu, da die von der Konkursordnung eingeräumten Vorrechte und der mit ihnen verbundene Rang in der Beschaffenheit der Forderung ihren Grund haben.

d) Hat eine Sonderung des Sondervermögens stattgefunden, so fragt es sich, ob Vollstreckungshandlungen von Konkursgläubigern des Privatkonkurses in das Sondervermögen vorgenommen werden können. Bezüglich der Privatgläubiger ist die Frage überflüssig, weil sie sich nur aus dem Privatvermögen befriedigen dürfen. Können aber die Sondergläubiger pendente Privatkonkurs in das Sondervermögen vollstrecken lassen? Keine

[1]) S. oben § 15 IV der Arbeit.

Bedenken bestehen dann, wenn die Sondergläubiger im konkreten Fall sich nur aus dem Sondervermögen befriedigen dürfen; denn dann sind sie ja nicht Konkursgläubiger im Privatkonkurs. Können sie aber zugleich auch Befriedigung aus dem Nichtsondervermögen verlangen, so sind sie im Privatkonkurs Konkursgläubiger und das Sondervermögen ist sonstiges Vermögen des Gemeinschuldners im Sinne des § 14 K.O., so im Fall der Nachlaßgläubiger, denen der Erbe trotz angeordneter Nachlaßverwaltung unbeschränkt haftet. Durch die Sonderung des Vermögenskomplexes ist nun aber gerade zum Ausdruck gebracht, daß den Nachlaßgläubigern dieses Vermögen zunächst ganz allein zur Befriedigung überlassen wird. Die ratio des § 14 K.O., einerseits nämlich die par condicio creditorum zu wahren, andererseits dem Gemeinschuldner die Existenz zu erleichtern, trifft daher in unseren Fällen nicht zu. Ersteres deshalb nicht, weil die Privatgläubiger ohnehin es zulassen müssen, daß die Sondergläubiger sich aus dem Sondervermögen zuerst befriedigen und weil der Grundsatz der par condicio creditorum unter den Sondergläubigern selbst doch nur dann gilt, wenn über das Sondervermögen Konkurs eröffnet worden ist. Eine Erschwerung der Existenz des Gemeinschuldners kann aber deshalb nicht in Frage kommen, weil ja das Sondervermögen ebenfalls unter selbständiger, diejenige des Gemeinschuldners ausschließender Verwaltungs- und Verfügungsmacht steht. — Gehört das Sondervermögen mehreren zur gesamten Hand, so ist eine Vollstreckung seitens von Sondergläubigern pendente Privatkonkurs schon aus der Erwägung möglich, daß ja dann nur der Anteil, der selbst nicht der Sondervollstreckung unterliegt, zur Masse des Privatkonkurses gehört, die Gegenstände selbst aber gerade wegen ihrer gesamthänderischen Gebundenheit dem Zugriff offen stehen.[1])

e) Die Feststellung der Forderung eines Sondergläubigers im Privatkonkurs hat eine ganz andere Wirkung als die Feststellung derselben Forderung im Sonderkonkurs. Wenn hier durch die Feststellung in der Tabelle Rechtskraft in der Beziehung geschaffen wird, daß dem Gläubiger eine aus dem Sondervermögen zu befriedigende Forderung zusteht, so wird im Privatkonkurs Rechtskraft nicht geschaffen. Denn durch die unbestrittene Aufnahme der Forderung in die Tabelle ist nur festgestellt, daß der Gläubiger an den Gemeinschuldner eine

[1]) Jäger K.O. § 14 Anm. 24; Kannengießer D.J.Z. 1898 S. 140.

Forderung hat, welche aus dem Privatvermögen zu befriedigen ist. Darüber gibt aber die Tabelle keine Auskunft, ob diese Forderung nur eine Folge der persönlichen Haftung des Gemeinschuldners für die Schulden des Sondervermögens ist. Es kann also auch nicht implicite als festgestellt gelten, daß dadurch, daß der Gläubiger jene Forderung gegen den Gemeinschuldner hat, auch eine Forderung gegen das Sondervermögen besteht. Denn die causa dieser Schuld, ob Rechtsgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem Gemeinschuldner als Subjekt des Privatvermögens oder als Subjekt des Sondervermögens kommt ja nirgends zum Ausdruck. Außerdem wäre dadurch in einer völlig ungerechtfertigten Weise, wenn das Sondervermögen mehreren Subjekten gehört, das Bestreitungsrecht dieser Subjekte verloren gegangen.

4. Ein Zwangsvergleich im Privatkonkurs wirkt einerseits ebenfalls nur zu Gunsten dieses Gemeinschuldners, andererseits nicht zu Ungunsten der Sondergutsgläubiger. Der Gesellschaftsgläubiger kann also seine ganze Forderung gegen das Gesellschaftsvermögen geltend machen, sowie gegen die übrigen Gesellschafter.

§ 18. Zusammentreffen von Sonder- und Privatkonkurs.

I. Die möglichen Fälle.

1. Ist über das Vermögen inklusive Sondervermögen einer Person Konkurs eröffnet, so fragt es sich, ob noch nachträglich über dieses Sondervermögen Konkurs eröffnet werden kann. Für die Fälle, in denen das Sondervermögen gesamthänderisch gebunden ist, wird die Möglichkeit der Eröffnung des Sonderkonkurses nicht bestritten. Wegen des Gesamthandseigentums muß eine solche Vergantung auch noch möglich sein. Gehört das Sondervermögen dem Gemeinschuldner allein, so wird die nachträgliche Eröffnung eines Sonderkonkurses von zwei Schriftstellern für unzulässig erklärt. Oetker[1]) und Rosenmeyer[2]) behaupten nämlich, daß nach Einleitung eines den Nachlaß mitbetreffenden Erbenkonkurses — also wenn keine Nachlaßverwaltung angeordnet war — ein Nachlaßkonkurs nicht mehr eröffnet werden könne, weil Schwierigkeiten rechtlicher und tatsächlicher Art entstehen müßten, wenn dem

[1]) Oetker-Buchka-Lehmann K.O. S. 150.

[2]) Busch's Z. f. Zivilprozeß Bd. 33 S. 263.

Nachlaß die verloren gegangene Sonderexistenz unter Zerlegung der Masse, des Gläubigerkreises, der Masseschulden, mit Durchbrechung der Rechtskraftwirkungen des Eröffnungsbeschlusses und der Forderungsfeststellung zurückgegeben werden sollte. — Tatsächliche Schwierigkeiten können aber nicht maßgebend sein. Es kann auch nicht davon die Rede sein, daß die Sonderexistenz des Nachlasses verloren gegangen sei; denn vor Eröffnung des Erbenkonkurses hatte der Nachlaß noch gar keine Sonderexistenz. Es läßt sich aber der Rechtsverlust der Nachlaßgläubiger, über deren Kopf hinweg ein Privatgläubiger einfach den Konkurs beantragen könnte, aus dem Gesetze keineswegs rechtfertigen. Nach § 1981 B.G.B. ist ihnen bloß verwehrt, nach Ablauf von zwei Jahren die Sonderung des Nachlasses zu verlangen; in dieser Zeit kann ihnen aber nicht durch die Eröffnung des Erbenkonkurses das Recht genommen werden, ihre Befriedigung vorweg aus dem Nachlaß zu suchen. Auch kann die besondere Haftung des Nachlasses für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht durch den Erbenkonkurs untergehen.[1]) — Besitzt nun der Gemeinschuldner das Recht, solchen Sonderkonkurs zu beantragen? Nach § 6 K.O. ist das Verwaltungs- und Verfügungsrecht auf den Konkursverwalter übergegangen. Der Antrag auf Eröffnung des Sonderkonkurses enthält zweifellos eine Verfügung und zwar in diesem Fall eine Verfügung über zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände. Ist Inhaber des Sondervermögens eine einzige Person, z. B. Erbe, so hat diese durch Eröffnung des Gesamtkonkurses das Verfügungsrecht auch hinsichtlich des Sondervermögens verloren; denn dieses gehört ja zur Konkursmasse; demnach kann lediglich der Konkursverwalter den Antrag auf Sonderkonkurseröffnung stellen. Ist das Sondervermögen gesamthänderisch gebunden, so gehört zur Konkursmasse nur der Anteil des verganteten Gemeinschafters; dieses Anteilsrecht enthält aber die Befugnis, die Eröffnung des Sonderkonkurses zu beantragen. Bezüglich des Anteils ist aber nur noch der Konkursverwalter verfügungsberechtigt; er hat daher allein das Recht, den Antrag zu stellen. War also Gesamtkonkurs eröffnet, so kann der Gemeinschuldner dieses Konkurses nicht mehr den Antrag auf Eröffnung des Sonderkonkurses stellen. Dieses Recht hat vielmehr lediglich der

[1]) Vgl. hiergegen Jäger K.O. § 234 Anm. 4; Simeon Recht und Rechtsgang Bd. 2 S. 542.

Konkursverwalter in seiner Stellung als Gemeinschuldnervertreter[1]). Ist daraufhin Sonderkonkurs eröffnet, so übt nunmehr in diesem Sonderkonkurs nicht etwa der Konkursverwalter des Privatkonkurses die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners aus; vielmehr nimmt diese Rolle der Gemeinschuldner des Privatkonkurses ein. In dem neuen Verfahren hat der Verwalter des Privatkonkurses keine Funktionen mehr. Freilich können unter Umständen gewisse Pflichten vom Gemeinschuldner selbst nicht mehr so erfüllt werden, wie es im Interesse der Sondergläubiger wünschenswert erscheint, so vor allem die Auskunftspflicht; denn vor Eröffnung des Sonderkonkurses stand ja das Sondervermögen unter der Verwaltung des Privatkonkursverwalters; der Gemeinschuldner kann also vielleicht keine sachdienlichen Angaben mehr machen. Es wird vielleicht wohl allein Sache des Konkursverwalters des Privatkonkurses sein, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen; eine direkte Verpflichtung ergibt sich aber freilich aus dem Gesetze nicht. Aus § 82 K.O. ist zu entnehmen, daß der Konkursverwalter sämtlichen Beteiligten, insbesondere also den Sondergläubigern gegenüber verantwortlich ist; er wird daher, um sich selbst zu entlasten, gut daran tun, die nötige Auskunft dem Verwalter des Sonderkonkurses zu erteilen.

2. Vor Einführung der Konkursordnung bestand hinsichtlich der Frage, ob an die Eröffnung eines Sonderkonkurses sich notwendigerweise auch die Eröffnung des Privatkonkurses knüpfen müsse, in den verschiedenen deutschen Rechtsgebieten ein verschiedener Rechtszustand. Gesetzlich geregelt war die Frage nur für den Gesellschafts- und den Gesellschafterkonkurs. Das ist um so verständlicher, als ja das frühere Recht einen Nachlaß im heutigen Sinne gar nicht kannte. Teils wurde die Erbschaft als juristische Person behandelt, wenn z. B. der Erbe nicht zu ermitteln war, teils konnte ein Nachlaßkonkurs eröffnet werden, wenn der Erbe Benefizialerbe war; war aber die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten, so wurde den Nachlaßgläubigern ein Absonderungsrecht gewährt, aber nicht an der Erbschaft als Sachinbegriff, sondern an den in der Konkursmasse noch vorhandenen Nachlaßgegenständen als einzelnen Sachen; vergl. § 43 K.O. alte Fassung. In diesem Fall konnte ein Nachlaßkonkurs nicht eröffnet werden. Deshalb konnte auch die Frage gar

[1]) So Jäger bezüglich des Nachlaßkonkurses K.O. § 217 Anm. 11.

nicht praktisch werden, ob nach Eröffnung eines Nachlaßkonkurses auch über das Privatvermögen des Erben Konkurs zu eröffnen sei; denn in den Fällen, wo ein Erbe nicht zu ermitteln war oder wo der Erbe die Erbschaft mit dem beneficium inventarii angetreten hatte, war es wegen mangelnden Zusammenhangs ausgeschlossen, daß dem Nachlaßkonkurs ein Erbenkonkurs notwendig folgen müsse. In dem Fall aber, wo der Zusammenhang vorhanden gewesen wäre, nämlich bei unbeschränkter Haftung des Erben konnte ein Nachlaßkonkurs nicht stattfinden.

Was den Gesellschafts- und den Gesellschafterkonkurs anbelangt, so war in dem weitaus größten Rechtsgebiet notwendige Folge der Gesellschaftsgant der Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters, Artikel 287 Absatz 2 preußische K.O. Als Grund hierfür führen die Motive einzig und allein die solidarische und persönliche Haftung des Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden an.[1]) Andere Landesgesetze, wie Bayern, Artikel 1176 P.O., machten die Eröffnung des Privatkonkurses zwar von einem besonderen Antrag abhängig; war aber die Gesellschaftsgant eröffnet, so bedurfte es eines eigentlichen Konkursgrundes hinsichtlich des Privatvermögens nicht mehr. — Nur wenige Rechtsgebiete, insbesondere Württemberg und Nassau, hatten bereits damals schon den Standpunkt unserer Konkursordnung eingenommen, daß nämlich infolge der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens die Konkursvoraussetzungen bezüglich der einzelnen Massen je getrennt vorliegen müssen und besonders zu prüfen seien; Artikel 41 württembergisches E.G. zum allg. H.G.B. Freilich waren auch namentlich in Württemberg nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses hinsichtlich des Privatvermögens gewisse Maßregeln zur Sicherung der Gläubiger zu ergreifen: so mußte gleichzeitig über jeden persönlich haftenden Gesellschafter Vermögensuntersuchung verhängt werden; das hierbei zu erlassende Verbot der Vermögensveräußerung durfte erst nach der Schuldenliquidationstagfahrt im Gesellschaftskonkurs wieder aufgehoben werden, was aber nur geschehen konnte, wenn der betreffende Gesellschafter noch zahlungsfähig war, obwohl sämtliche Gesellschaftsschulden, welche nicht zweifelsfrei durch das Gesellschaftsvermögen gedeckt werden konnten, zu seinen Privatschulden hinzugerechnet wurden. Obwohl die dadurch hervorgerufenen Maßregeln nicht unerheblich waren und unter Umständen doch auch einen Privatkonkurs herbei-

[1]) Goltdammer Kommentar zur preuß. K.O. Art. 287 Anm. 2.

führen konnten, so mußten doch für einen solchen die Konkursvoraussetzungen besonders vorliegen, während gerade in den übrigen Rechtsgebieten keine Erfordernisse aufgestellt waren.

Die Reichskonkursordnung ist noch einen Schritt weitergegangen und läßt das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter ganz und gar unbeeinflußt von der Eröffnung der Gesellschaftsgant. Nicht einmal Sicherungsmaßregeln zu Gunsten der Gläubiger sind zu ergreifen. Vielmehr müssen zur Konkurseröffnung über das Privatvermögen eines Gesellschafters sämtliche Konkursvoraussetzungen besonders vorliegen und geprüft werden. Auch nicht eine Vermutung für die Zahlungsunfähigkeit des Gesellschafters kann aus der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses hergeleitet werden. Freilich wird es in der Mehrzahl der Fälle so liegen, daß dem Gesellschaftskonkurs ein Konkurs des persönlich haftenden Gesellschafters folgt, es sei denn, daß wegen ungenügender Masse ein Konkurs nicht eröffnet werden kann; es ist doch möglich, daß ein begüterter Gesellschafter es deshalb zum Gesellschaftskonkurs kommen läßt, um nicht noch weitere Schuldenlast sich aufzuladen; der Standpunkt des Gesetzes ist daher durchaus zu billigen.[1])

Ebenso verhält es sich beim Nachlaß- und Erbenkonkurs, auch wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Selbst wenn also ein Nachlaßkonkurs eröffnet worden ist, muß hinsichtlich des Vermögens des Erben seine Zahlungsunfähigkeit noch besonders geprüft werden.

II. Behandlung bei Zusammentreffen.

1. Allgemeines. Bestehen gleichzeitig Sonderkonkurs und Privatkonkurs, so gelten grundsätzlich keine Besonderheiten. Vielmehr ist jedes Verfahren selbständig durchzuführen; Rechtshandlungen in dem einen Verfahren äußern keine Wirkungen auf das andere. Nur in einem Fall gilt bei Gleichzeitigkeit der Konkurse eine Eigentümlichkeit; nach §§ 212 und 234 K.O. können nämlich die Sondergläubiger im Privatkonkurs nur für den Betrag Befriedigung verlangen, mit welchem sie im Sonderkonkurs ausgefallen sind. Beim Gesellschaftskonkurs galt vor 1900 die allgemeine Bestimmung (Art. 122 des allg. H.G.B.), daß schon bei bloßem Ausbruch des Gesellschaftskonkurses ein Gesellschaftsgläubiger von einem persönlich haftenden Ge-

[1]) Ebenso Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 172 f.

sellschafter nur noch den Ausfall verlangen könne.[1]) Jetzt findet diese Beschränkung auf den Ausfall nur mehr bei Gleichzeitigkeit der Konkurse statt.

2. Speziell die §§ 212 und 234 K.O.

a) Voraussetzungen. Sonder- und Privatkonkurs müssen nebeneinander eröffnet sein. Dies bedeutet nun nicht, daß beide Konkurse zu derselben Zeit eröffnet sein müssen. Vielmehr kann das Erfordernis nur dahin verstanden werden, daß der Sonderkonkurs vor Ausschüttung der Masse des Privatkonkurses eröffnet war.[2]) Die §§ 212 und 234 sprechen bloß davon, „wenn auch über das Gesellschaftsvermögen und über den Nachlaß der Konkurs eröffnet worden ist". Es fragt sich also, ob die bloße Eröffnung des Konkursverfahrens genügt, m. a. W., ob das Verfahren mit Feststellung der Forderungen und Verteilung der Masse abgeschlossen worden sein muß oder ob es genügt, wenn eine vorzeitige Einstellung des Verfahrens auf Grund der §§ 202 und 204 erfolgt ist. Gerade im Fall des § 202 ist es z. B. möglich, daß die Gesellschaftsgläubiger ihre Einwilligung zur Einstellung des Gesellschaftskonkurses deshalb geben, weil sie in irgend einer Weise ein günstiges Angebot erhalten; nachher wird nun ein Gläubiger von der Gesellschaft teilweise befriedigt; kann er nun im Privatkonkurs eines Gesellschafters, der vor Auszahlung dieses Teilbetrags eröffnet worden war, seine ganze Forderung geltend machen oder erhält er nur Befriedigung hinsichtlich des noch nicht getilgten Betrags? Da die Einstellung des Verfahrens keine Rückgängigmachung der Konkurseröffnung bedeutet[3]), so würde hier allerdings die Eröffnung eines Sonderkonkurses vorliegen. Wenn es aber weiterhin heißt, daß im Privatkonkurs nur für denjenigen Betrag Befriedigung gesucht werden darf, für den der Gläubiger im Sonderkonkurs keine Befriedigung erhalten hat, so setzt er doch noch weiterhin voraus, daß der Sonderkonkurs durch Ausschüttung der Masse beendigt worden ist. Denn dann haben die Sondergläubiger in diesem Verfahren insoweit keine Befriedigung erhalten. Das rechtfertigt sich daraus, daß die Nichtsondergläubiger in diesem Fall gegenüber den Sondergläubigern nicht benachteiligt sind, wenn diese dieselbe Quote erhalten,

[1]) Siehe über die Bedeutung dieser Bestimmung Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 121 f.

[2]) Jäger K.O. § 212 Anm. 7.

[3]) Vgl. Jäger K.O. § 202.

wie jene; denn die Sonderaläubiger haben ja aus dem ihnen vorweg haftenden Sondervermögen nichts erhalten. Findet also eine Einstellung des Verfahrens nach § 202 statt, so kann doch die ganze Forderung im Privatkonkurs geltend gemacht werden.

b) Bedeutung der Beschränkung auf den Ausfall.

aa) Nur für den Betrag darf der Gläubiger im Privatkonkurs Befriedigung suchen, für den er im Sonderkonkurs keine Befriedigung erhalten hat. Befriedigung hat aber der Gläubiger nicht nur dann erhalten, wenn ihm die Dividende des Sonderkonkurses ausbezahlt wurde, sondern auch dann, wenn er durch Aufrechnung gegenüber einer Forderung des Sondervermögens seine Forderung zum Untergang gebracht hat. Es sind also alle Formen der Befriedigung zulässig.

bb) Der Ausfall, den der Sondergläubiger im Sonderkonkurs erleidet, ist die Differenz zwischen der ursprünglichen Höhe seiner Forderung und dem aus der Konkursmasse effektiv erhaltenen Betrag, bezw. dem Betrag, für den er z. B. durch Aufrechnung befriedigt worden ist. Erleiden aber die Gläubiger auch einen Ausfall, wenn der Gesellschafts- oder der Nachlaßkonkurs durch Zwangsvergleich endet? Durch einen Zwangsvergleich hat allerdings die ursprüngliche Höhe der Forderung eventuell (bei Erlaß ꝛc.) eine Minderung erfahren und der Gläubiger hat insoweit im Sonderkonkurs keine Befriedigung erhalten. Durch den Zwangsvergleich wird aber ohnedies die persönliche Haftung des Gemeinschuldners begrenzt (§ 211 Abs. 2 K.O.). Der Gläubiger kann daher nur noch seine Forderung in Höhe der Vergleichsrate im Privatkonkurs anmelden. Einen Ausfall hat er aber im Sonderkonkurs nicht erlitten, da er ja den übrigen Teil der Forderung dem Schuldner „nachgelassen" hat. Hat der Gläubiger die Vergleichsrate im Sonderkonkurs in voller Höhe erhalten, so kann er den nachgelassenen Teil jetzt nicht mehr als Ausfall im Privatkonkurs geltend machen.[1]). Hat er aber die Vergleichsrate nur

[1]) Ebenso Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 166, 167 u. 169; Petersen-Kleinfeller K.O. § 212 Anm. 4. Anders Hellmann Lehrbuch S. 593, der einen Ausfall annimmt, wenn infolge Zwangsvergleichs nur eine teilweise Befriedigung im Gesellschaftskonkurs erfolgt ist.

zum Teil erhalten, so hat er allerdings in Höhe des noch rückständigen Teils der Vergleichsrate einen Ausfall erlitten und kann bezüglich dieses Ausfalls nunmehr im Privatkonkurs die Dividende erhalten.[1])

cc) Im Privatkonkurs erhält der Gläubiger verhältnismäßige Befriedigung nur noch in Höhe des Ausfallbetrags. Das hindert ihn aber nicht, seine Forderung in voller Höhe anzumelden und ebenso in voller Höhe Feststellung derselben zu erlangen. Denn nur eine tatsächliche Befriedigung aus dem Privatkonkurs in voller Höhe ist ihm verwehrt.[2])

dd) Für das weitere Verfahren sind in §§ 212 und 234 K.O. verschiedene Regeln aufgestellt. Während nämlich in § 212 Abs. 2 bestimmt ist, daß die Anteile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zurückzubehalten seien, bis der Ausfall im Gesellschaftskonkurs feststehe, bestimmt § 234 durch Verweisung auf § 153 K.O., daß die Nachlaßgläubiger im Erbenkonkurs bis zum Ablauf der Ausschlußfrist dem Verwalter ihren Verzicht oder Ausfall nachzuweisen haben. Während also in jenem Fall der Verwalter ex officio festzustellen hat, hat im Erbenkonkurs der Nachlaßgläubiger dafür Sorge zu tragen, daß er den Nachweis eines wirklichen Ausfalls im Nachlaßkonkurs zu erbringen vermag; sonst bleibt seine Forderung trotz der Feststellung in der Tabelle unberücksichtigt. Diese verschiedene Behandlung ändert aber an dem grundsätzlich gleichen Charakter beider Bestimmungen nichts; in dem einen Fall ist die Lage der Sondergläubiger nur erschwert und kann allerdings zu Härten führen; aber materiell steht doch in beiden Fällen fest, daß der Gläubiger nur in Höhe des Ausfalls aus dem Privatkonkurs Befriedigung erhält. Es spricht deshalb Jäger[3]) auch nur von einer modifizierten Uebertragung des § 153 auf § 212 Abs. 2.

ee) Die Befriedigung in Höhe des Ausfalls ist nun von Kohler[4]) dahin verstanden worden, daß der Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurs zwar die Dividende aus der ganzen Forderung erhält, insgesamt aber nicht mehr erhalten darf, als den Betrag

[1]) Ebenso Petersen-Kleinfeller K.O. § 212 Anm. 4; a. A. Kohler Leitfaden S. 191/192.

[2]) Oetker Grundbegriffe Bd. 1 S. 468.

[3]) K.O. § 212.

[4]) Leitfaden S. 96 und S. 198 ff. (3. Aufl.)

der ganzen Forderung; die Vollstreckung darf im Endergebnis nicht mehr bieten als den Ausfall. Die im Gesetz normierte Haftungsbeschränkung löse sich demnach in den Satz auf, daß der aus der Sondermasse schon teilweise befriedigte Gläubiger aus der Ergänzungsmasse nicht mehr als die volle Restforderung erhalten könne; eine solche Auffassung allein entspreche der analogen Behandlung der Solidarobligation und führe zu befriedigenden Resultaten; denn so allein sei es möglich, daß durch die Gesamthaftung eine vollständige Deckung erzielt werde. Gerade dies soll aber durch §§ 212 und 234 vermieden werden. Denn diese Bestimmungen bezwecken ja einen Schutz der Privatgläubiger, die auf das Sondervermögen nicht zugriffsberechtigt sind. Dieser Zweck würde aber vereitelt, wenn die Sondergläubiger trotzdem ihre gesamte Forderung geltend machen könnten und für dieselbe Befriedigung erhielten. Die Folgerung Kohlers aber, daß nur nicht mehr als die gesamte Restforderung ausbezahlt werden dürfe, enthält so etwas Selbstverständliches, daß sie nicht noch durch eine solche Ausnahmebestimmung, die ja in bewußtem Gegensatz zu § 68 K.O. aufgestellt worden ist, im Gesetz hätte festgelegt werden müssen. Die Ansicht Kohlers kann daher keineswegs befriedigen.[1]) Es muß also mit der herrschenden Meinung angenommen werden, daß nur die Dividende aus dem Ausfallbetrag im Privatkonkurs ausbezahlt werden darf.

ff) Die Berechnung der Dividende erfolgt im Gesellschafterkonkurs anders als im Erbenkonkurs. Dort ist nämlich die Forderung als voll in die Berechnung einzusetzen, worauf die Dividende zu berechnen und der auf diese Weise gefundene Betrag für den betreffenden Gesellschaftsgläubiger zurückzubehalten ist. Wenn nun der Ausfall im Gesellschaftskonkurs feststeht, so ist eine neue Berechnung anzustellen, wobei jetzt der Ausfallbetrag einzusetzen ist. Die auf diese Weise gefundene Befriedigungsquote ist nunmehr den Gläubigern auszubezahlen, wobei natürlich die Gläubiger im Privatkonkurs, die nicht Gesellschaftsgläubiger sind, nur die Differenz zwischen der jetzt festgestellten Befriedigungsquote und dem bereits erhaltenen Betrag ausbezahlt bekommen. Diese Art und Weise der Verteilung stimmt im Resultat überein mit der von Jäger[2])

[1]) Vgl. dagegen Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 152 und K.O. § 212 Anm. 7; Hellmann Lehrbuch S. 594.

[2]) Konkurs der offenen H.G. S. 147.

vorgeschlagenen; er will aber zunächst die zuerst berechnete Dividende für den festgestellten Ausfallbetrag auszahlen und nunmehr eine Nachtragsverteilung unter sämtliche Gläubiger, Privat- und Gesellschaftsgläubiger, letztere in Höhe ihres Ausfallbetrags, eintreten lassen. Während also nach Jäger im ganzen drei Berechnungen zu erfolgen haben, hat die hier vorgeschlagene Verteilungsmethode vielleicht den Vorzug, daß eine besondere Berechnung für die Ausfallbeträge unter Anwendung der zuerst gefundenen Dividende unterbleibt, daß also nur zwei Berechnungen eintreten. Im Nachlaßkonkurs werden die Forderungen der Nachlaßgläubiger, wenn bis zum Ablauf der Ausschlußfrist der Ausfall im Nachlaßkonkurs nicht nachgewiesen ist, nicht berücksichtigt. Die Berechnung der Dividende erfolgt daher in diesem Fall ohne die betreffende Ausfallsforderung; kann der Gläubiger den Ausfall nachweisen, dann wird der Ausfallsbetrag eingesetzt und die Dividende wird nunmehr hieraus berechnet.

gg) Da die Aufrechnung eine Form der Befriedigung ist, so kann im Einzelkonkurs ebenfalls nur mit dem Betrag aufgerechnet werden, mit dem der Gläubiger im Sonderkonkurs ausgefallen ist.[1]) Kann aber die Aufrechnungserklärung im Privatkonkurs erfolgen, ehe der Ausfall im Sonderkonkurs feststeht? Lang[2]) will dem Gläubiger nur das Recht gewähren, gemäß § 54 Abs. 3 K.O. Sicherstellung insoweit zu erlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt, da eine Aufrechnungserklärung mit suspendierter Wirkung ohne rechtliche Grundlage sei. Allein es bleibt doch zu berücksichtigen, daß hier eine echte Bedingung im Sinn des § 390 B.G.B. gar nicht vorliegt. Vielmehr ist diese Aufrechnung mit der Eventualaufrechnung im Prozeß zu vergleichen (conditio iuris, Bedingung des Ausfalls). Beidemal wird die Ungewißheit der sich gegenüberstehenden Forderungen vorausgesetzt; es ist deshalb die Aufrechnungserklärung im Privatkonkurs zulässig; ihre volle Wirkung erlangt sie jedoch erst, wenn der Ausfallsbetrag feststeht.[3]) Eine andere Frage ist, ob im Privatkonkurs nur noch in Höhe der Vergleichsquote aufgerechnet

[1]) Ebenso R.G. Bd. 56 S. 366; Hellmann Lehrbuch S. 593; Jäger K.O. § 212 Anm. 8.

[2]) Aufrechnungsrecht S. 220.

[3]) Ebenso Jäger K.O. § 212 Anm. 8; Hellmann a. a. O.

werden kann, wenn im Sonderkonkurs ein Zwangsvergleich zustande kommt oder ob die ursprüngliche Forderung zur Aufrechnung verwendet werden kann. Im Hinblick auf § 211 Absatz 2 wird man die Frage in ersterem Sinne zu entscheiden haben. Um freilich die ganze Vergleichsquote zur Aufrechnung verwenden zu können, muß der Sondergläubiger bis zum Zeitpunkt der erfolgten Aufrechnung eine Befriedigung aus dem Sonderkonkurs noch nicht erlangt haben. Hat er eine Befriedigung erlangt, jedoch nicht in voller Höhe der Vergleichsrate, so kann er nur noch den noch nicht erhaltenen Betrag zur Aufrechnung verwenden.

hh) Endigt der Sonder- und der Privatkonkurs durch Zwangsvergleich mit Erlaß, so fragt es sich, ob eine doppelte Minderung der Forderungen eintritt. Kohler[1]) verneint dies mit dem Hinweis darauf, daß ja die Konkursordnung eine Klage auf Aufhebung des Zwangsvergleichs wegen Nichterfüllung für unstatthaft erkläre. Werde also der Zwangsvergleich nicht erfüllt, so müßte der Gläubiger nunmehr im Privatkonkurs sich mit der Dividende aus der Vergleichsrate begnügen. Der zweite Vergleich könne daher nicht ein Erlaß vom Erlasse sein, sondern müsse ein solcher von der Gesamtforderung sein, da ja der Gläubiger im Privatkonkurs die ganze Forderung anmelden könne. — Aber auch hier muß § 211 Absatz 2 K.O. entscheiden, wonach sich die persönliche Haftung der Gesellschafter durch den Zwangsvergleich begrenzt. Der Gläubiger kann also im Privatkonkurs nur die Vergleichsrate als Konkursforderung geltend machen. Kommt hierin wieder ein Zwangsvergleich zustande, so kann dieser Vergleich nur jene geltend gemachte Konkursforderung treffen, es muß daher eine nochmalige Reduktion stattfinden.[2])

ii) Verzichtet ein Sondergläubiger auf Teilnahme am Sonderkonkurs, so kann er seine ganze Forderung („Ausfall") im Privatkonkurs geltend machen, s. §§ 212 und 234 vergl. 64 K.O. Hier ist nun einesteils möglich, daß schon vor dem Ablauf der Ausschlußfrist im Sonderkonkurs der Gläubiger auf Teilnahme in diesem Verfahren verzichtet hat; dann muß die Verzichtserklärung gegenüber dem Konkursverwalter des Sonderkonkurses ausdrücklich und vorbehaltlos erfolgt sein. Auf ein bloßes Nichtanmelden im Konkurs kann der Sondergläubiger sich solange nicht berufen, als noch die Möglichkeit

[1]) Lehrbuch S. 466 ff.; Leitfaden S. 130 f. und 290 f. (3. Aufl.)

[2]) Vgl. insbesondere Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 169.

besteht, am Sonderkonkurs teilzunehmen. Diese Möglichkeit besteht aber bis zum Ablauf der Ausschlußfrist; von da an werden nach § 152 K.O. etwa später erfolgte Anmeldungen nicht mehr berücksichtigt und zwar ist der Ablauf der Ausschlußfrist für die Schlußverteilung gemeint (Jäger K.O. § 152 Anm. 7). Nunmehr bedarf es aber auch keiner besonderen Verzichtserklärung mehr; sondern es genügt die bloße Unterlassung der Anmeldung.

kk) Die Bestimmungen der §§ 212 und 234 finden ihrer ganzen Natur nach bloß dann Anwendung, wenn die eigentümliche, durch das Einstehen des Privatvermögens für die Schulden des Sondervermögens charakterisierte Haftung in Frage steht. Diese Haftung ist dadurch gekennzeichnet, daß z. B. für die Gesellschaftsschulden ohne weiteren Verpflichtungsgrund auch eo ipso die Gesellschafter haften und daß dasselbe in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten beim Erben der Fall ist, sofern er sich nicht die beschränkte Haftung zu erhalten wußte. Tritt aber ein besonderer selbständiger Verpflichtungsgrund hinzu, hat also z. B. der Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld in der Form der §§ 780/781 B.G.B. anerkannt oder hat der Erbe z. B. vor dem Erbfall für eine jetzige Nachlaßverbindlichkeit Bürgschaft geleistet, so sind die in Frage stehenden Bestimmungen nicht anwendbar. Der Gesellschafts- bezw. Nachlaßgläubiger kann also in dem betreffenden Privatkonkurs die gesamte Forderung geltend machen und erhält für sie auch die volle Dividende, im ganzen freilich nicht mehr als den Betrag der ganzen Forderung. Denn in diesen Fällen hat der Gesellschaftsgläubiger nicht als solcher eine Forderung an den betreffenden Gesellschafter qua Gesellschafter, sondern als persönlicher Gläubiger[1]) schlechtweg gegen einen persönlichen Schuldner schlechtweg. Deshalb ist es unzutreffend, wenn Petersen-Kleinfeller[2]) ausführen, daß, wenn ein Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld Wechsel gebe, auch die Wechselforderung im Privatkonkurs der Beschränkung auf den Ausfall unterliege. Vielmehr ist gerade die Eingehung solcher Wechselverbindlichkeiten nicht ein bloßes Einstehen für die Schulden des Sondervermögens, sondern ein selbständiger Verpflichtungsgrund. Die Forderung kann deshalb unbeschränkt im Privatkonkurs geltend gemacht werden und wird auch durch einen im Sonder-

[1]) Ebenso Jäger K.O. § 212 Anm. 12.

[2]) Petersen-Kleinfeller K.O. § 212 Anm. 3.

konkurs geschlossenen Zwangsvergleich nicht berührt. Eine Haftung findet deshalb nicht statt (vergl. Jäger a. a. O., R.G. Bolze Bd. 16 Nr. 500).

ll) Schwierigkeiten können noch entstehen, wenn in beiden Konkursen Abschlagsverteilungen vorgenommen werden. Finden dieselben im Sonderkonkurs statt, so mindert jede Abschlagsverteilung die Forderung des Sondergläubigers; derselbe kann jetzt nur noch wegen des übrig bleibenden Restes im Privatkonkurs Befriedigung erlangen. Erfolgt die Schlußverteilung vor Beendigung des Privatkonkurses, so steht der Ausfall fest. Wird aber der Privatkonkurs zuerst zu Ende geführt, so wird im Gesellschaftskonkurs gemäß § 212 Absatz 2 die Dividende für die ganze noch ausstehende Forderung zurückbehalten bis der definitive Ausfall im Gesellschaftskonkurs feststeht, während im Nichtsondervermögenskonkurs des Erben vom Nachlaßgläubiger der Ausfall vor Ablauf der Ausschlußfrist bis zur Schlußverteilung nachzuweisen ist. Werden Abschlagsverteilungen im Privatkonkurs vorgenommen, so darf die dabei sich ergebende Quote für die Sondergläubiger nicht ausbezahlt werden; vielmehr werden sie in Höhe ihrer ganzen Forderung bei der Berechnung berücksichtigt; der dabei sich ergebende Betrag wird aber zurückbehalten, im Nachlaßkonkurs jedoch nur dann, wenn der Vorschrift des § 153 Absatz 2 genügt ist.

mm) Findet sich nach Verteilung der Nichtsondervermögensmasse noch ein Gegenstand, der zur Masse des Sonderkonkurses gehören würde, so daß die Masse des Sonderkonkurses sich vermehrt und daher der Ausfall der Sonderkonkursgläubiger im Sonderkonkurs sich vermindert, so sind die Sondergläubiger auf Kosten der Privatgläubiger im ganzen um den Betrag dieses Gegenstandes bereichert. Dieser Bereicherungsanspruch steht nun allerdings, solange der Privatkonkurs noch nicht aufgehoben ist, dem Verwalter des Privatkonkurses zu, da die Sondergläubiger aus der seiner Verwaltung unterliegenden Masse etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hatten. Als solcher macht nun der Verwalter speziell Rechte der Nichtsondergläubiger geltend und ist in dieser Eigenschaft Vertreter derselben. Ist der Privatkonkurs aufgehoben, so kann der Verwalter keine Funktionen mehr hinsichtlich der früher seiner Verwaltung unterliegenden Masse erfüllen. Der Anspruch steht jetzt vielmehr direkt den Privatgläubigern gegen die Sondergläubiger zu, welche zu viel erhalten hatten. Freilich haften diese nicht als Ge-

samtschuldner, sondern lediglich pro rata des zuviel erhaltenen Betrages. Infolgedessen wird die Befriedigungsmöglichkeit der Privatgläubiger praktisch sich nicht einfach gestalten und es empfiehlt sich daher, einen Verwalter zu ernennen, der mit der Einziehung jener Beträge und der alsdann zu erfolgenden Ausschüttung betraut wird.[1])

§ 19. Mehrheit von Konkursen über Nichtsondervermögensmassen.

I. Bei einer im Sonderkonkurs bestehenden Mehrheit von Gemeinschuldnern kann es vorkommen, daß mehrere Privatkonkurse eröffnet werden, also mehrere Gesellschaftskonkurse, mehrere Erbenkonkurse. Die Sondergläubiger können in sämtlichen Verfahren sich beteiligen; § 68 K.O. findet auf diese Teilnahme Anwendung. Finden also die Privatkonkurse gleichzeitig statt, so können die Sondergläubiger in jedem Verfahren ihre ganze Forderung geltend machen und aus ihr die Dividende erhalten. Werden aber die Privatkonkurse hintereinander eröffnet, und zwar so, daß der zweite erst eröffnet wird, wenn der erste zu Ende geführt war, so folgt aus § 68 weiterhin, daß in den nachfolgenden Konkursen nicht die volle Forderung zur Anmeldung kommen kann, weil der Gläubiger zur Zeit der Eröffnung desselben nur noch einen Teil zu fordern hatte. In solchen Fällen wird also der Sondergläubiger nie seine volle Forderung bekommen[2]), während dies bei Gleichzeitigkeit der Privatkonkurse sehr wohl möglich ist (sogen. Staffelbefriedigung).

II. Hat nun auch ein Sonderkonkurs stattgefunden, so kann in den betreffenden Privatkonkursen nur wegen des in ersterem erlittenen Ausfalls Befriedigung gesucht werden. Für die Privatkonkurse gilt alsdann das oben Ausgeführte. Der Sondergläubiger würde in diesem Fall bei der Staffelbefriedigung nie seine ganze Forderung erhalten, es sei denn, daß sich in einem Verfahren ausnahmsweise 100 Prozent ergeben.

---

[1]) Vgl. Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 147/148.

[2]) Es sei denn, daß sich einmal 100 % Dividende ergibt.

§ 20. Rückgriff der Massen.

I. Bei dem Verhältnis der Sonderkonkursmasse zur Nichtsonderkonkursmasse liegt die Frage nahe, *ob nicht die Sonderkonkursmasse auf jeden Fall alle Sonderschulden auf sich nehmen müsse*, also wenn der Gemeinschuldner vorher oder nachher aus dem Nichtsondervermögen die Schuld ganz oder teilweise gezahlt hat, ihm bezw. seiner Privatkonkursmasse ein Ersatzanspruch in voller Höhe oder in Höhe des Teilbetrages gegen die Sonderkonkursmasse zustehe.

Bejahendenfalls würden demnach auf das Sondervermögen alle Sonderschulden fallen; es bliebe nur die Frage übrig, wer den Ersatzanspruch an die Sonderkonkursmasse geltend machen könne. Eine allgemeine Bestimmung in der Richtung, daß in allen Fällen, in denen eine solche Doppelhaftung eines Subjektes mit zwei Vermögensmassen vorhanden ist, die Bezahlung einer Sonderschuld aus dem Privatvermögen berechtige, von dem Sondervermögen Ersatz zu verlangen, existiert nicht. Da es dem Sondergläubiger freisteht, die eine oder die andere Vermögensmasse in Anspruch zu nehmen, so müßte eine besondere gesetzliche Bestimmung bestehen, die einen Uebergang der befriedigten Sonderforderung auf das zahlende Privatvermögen und damit einen Anspruch desselben gegen das Sondervermögen normieren würde. In zwei Fällen bestehen nun allerdings solche Normen, nämlich für die offene Handelsgesellschaft in § 110 H.G.B. und im Falle des Nachlaßkonkurses in § 225 K.O. Beidemal ist hier dem zahlenden (Gesellschafter oder Erben) ein Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft bezw. den Nachlaß gewährt, beim Erben allerdings dann nicht, wenn er unbeschränkt haftet; pari ratione legis ex § 225 K.O. sollte eigentlich auch beim Gesellschaftskonkurs dem Gesellschafter für eine bezahlte Gesellschaftsschuld ein Anspruch gegen die Gesellschaftskonkursmasse nicht zustehen; wegen § 110 H.G.B. könnte die Sache so liegen, daß ein Ersatzanspruch vor Konkurseröffnung besteht, von dem man nicht annehmen kann, daß er dann durch Konkurseröffnung betreffend die Gesellschaft untergehe. Es hängt also vollständig von der Gestaltung des bürgerlichen Rechts ab, ob ein Anspruch grundsätzlich besteht. Eine analoge Anwendung des § 426 B.G.B. kann nicht in Frage kommen, da zwischen dem Sondervermögen und dem Privatvermögen ein Gesamtschuldverhältnis im eigentlichen Sinne nicht besteht.

Ist die Zahlung nach Eröffnung des Sonderkonkurses von einem Gemeinschuldner geleistet, so kann er solange nicht seinen Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft geltend machen, als der Sondergläubiger, soweit er am Konkursverfahren teilnimmt, durch die Teilzahlung plus der Dividende des Sonderkonkurses nicht voll befriedigt würde. Denn nach § 68 K.O. kann er ja seine Forderung in der zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Höhe geltend machen.

II. Für das Verhältnis der Privatkonkursmassen untereinander ist grundsätzlich § 68 maßgebend. Wird also der Sondergläubiger durch den Empfang der einzelnen Konkursdividenden, die ihm ja auf die ganze Forderung zur Eröffnungszeit auszubezahlen sind, nicht ganz befriedigt, so steht der einen Masse ein Rückgriff im Konkurs der anderen nicht zu, da jede Masse nur geleistet hat, was sie zu leisten verpflichtet war, nämlich die konkursmäßige Befriedigung; denn es würde sonst die Passivmasse in dem in Anspruch genommenen Konkurs ungerechtfertigt vergrößert. Ist freilich eine Masse von diesem Gläubiger wegen erfolgter Befriedigung nicht in Anspruch genommen worden, so muß nunmehr für das Verhältnis der in Anspruch genommenen Privatkonkursmassen zu der nicht herangezogenen Masse § 426 B.G.B. bezw. das sonst unter den mehreren Mitschuldnern bestehende Ausgleichungsverhältnis maßgebend sein. Darnach würde sich also auch ein Anspruch der einen Privatkonkursmasse gegen die andere nicht herangezogene Privatkonkursmasse, der im Konkurs der letzteren geltend gemacht werden kann, ergeben. Im übrigen kann eine Ausgleichung nur außerhalb des Konkursverfahrens stattfinden.[1])

III. Hat der Gläubiger durch den Empfang der verschiedenen Einzeldividenden seitens der Privatkonkursmassen mehr empfangen, als er überhaupt zu fordern hatte, so hat jede Masse einen Bereicherungsanspruch gegen ihn, aber nur in dem Betrag, um welchen die betreffende Masse mit Rücksicht auf das Innenverhältnis zuviel geleistet hat, m. a. W. über ihren Verlustanteil hinaus. War also z.B. der Ausfall im Sonderkonkurs 1000, während die Privatganten 40 und 70 % ergaben, so hat der Gläubiger 100 zu viel erhalten. War nun das Ver-

[1]) Petersen-Kleinfeller K.O. § 212 Anm. 5.

hältnis der beiden Gemeinschuldner so, daß der Verlustanteil desjenigen, in dessen Konkurs sich 40 % ergaben, nur ¼ beträgt, während der andere ¾ zu tragen hat, so hat jener allein den Konditionsanspruch von 100, während ihm gegen den anderen Gemeinschuldner ein Ausgleichungsanspruch in Höhe von 50 zusteht, da dieser im Endergebnis ja statt 75 nur 70 % getragen hat.

C) Weitere Fälle des Sonderkonkurses.

§ 21. Grundsätzliche Statthaftigkeit besonderer Fälle.

Wenn man die in den §§ 5—20 besprochenen Eigentümlichkeiten berücksichtigt, die eine Folge gerade der Sonderkonkurseigenschaft des Gesellschafts- und des Nachlaßkonkurses sind, so muß man anerkennen, daß der Begriff Sonder- bezw. Partikularkonkurs durchaus nicht bloß, wie die Motive meinen, rein theoretisch ist, sondern auch praktische Bedeutung hat. Gerade der Standpunkt der Motive macht es auch begreiflich, daß sie sich darüber nicht aussprechen, ob noch weitere Fälle von Sonderkonkursen zuzulassen sind, oder ob es bei den von der Konkursordnung selbst behandelten Fällen sein Bewenden hat. Denn nachdem die Motive eine Unterscheidung in Universal- und Partikularkonkurs a priori grundsätzlich nicht anerkannten, fiel selbstverständlich für sie eine Erörterung der Frage der Zulassung weiterer Fälle weg, welche sonst im Hinblick auf § 3 des Entwurfs einer deutschen Gemeinschuldordnung (1873) unbedingt hätte erfolgen müssen. Diese Schweigsamkeit der Motive ist wohl auch ein wesentlicher Grund dafür, daß jetzt die Frage nach der Zulässigkeit weiterer Fälle sehr bestritten ist.

So gehen Sarwey-Bossert[1]) davon aus, daß das Konkursverfahren nach § 1 K.O. grundsätzlich das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners umfasse und daß daher ein Konkurs über einzelne Teile des Vermögens eines Rechtssubjekts ausgeschlossen sei; wenn die Konkursordnung in ihrem letzten Abschnitt besondere Fälle eines Konkurses über

[1]) Kommentar zur K.O. (1901) S. 33; vgl. zum Folgenden oben § 3 B.

Vermögensteile zugelassen habe, so müßten diese als Ausnahmefälle bezeichnet werden, welche eine willkürliche Vermehrung dem Gesetz gegenüber als unstatthaft erscheinen lassen. Dieser Ansicht hat sich offenbar Hellmann[1]) angeschlossen, der ebenfalls eine Ausdehnung der im Gesetz selbst zugelassenen Fälle nicht für angängig hält und daher insbesondere die Richtigkeit des Satzes verneint, daß über alle Gemeinschaften zur gesamten Hand Konkurs eröffnet werden könnte. Auch die Praxis scheint dieser Ansicht nahe zu stehen, wie sich aus einem Beschlusse des Kammergerichts[2]) ergibt; es heißt dort nämlich bei Erörterung der Frage, ob über einen in einem Geschäft investierten Vermögensteil ein besonderer Konkurs möglich sei: Jäger gehe in der Zulassung von Sonder- und Partikularkonkursen am weitesten und wolle sie namentlich nicht auf die gesetzlich besonders erwähnten Fälle beschränken.

Demgegenüber steht eine Anzahl Schriftsteller, vor allem Jäger[3]), auf dem grundsätzlichen Standpunkt, daß durch das Gesetz die Zulassung weiterer Sonderkonkurse nicht ausgeschlossen sei und daß die im achten Abschnitt der Konkursordnung besonders behandelten Fälle von selbständigen Konkursverfahren lediglich eine gesetzliche Anerkennung der allgemeinen Statthaftigkeit enthalte. Jaeger führt dies in erster Linie auf die Streichung des im Entwurf einer Gemeinschuldordnung (§ 3) vorgeschlagenen Satzes zurück, wonach ein Vermögensteil nur in den von diesem Gesetz zugelassenen Fällen eine Gemeinmasse bilden konnte; außerdem aber sei ja in den §§ 214 und 236 K.O. die Möglichkeit eines Sonderkonkurses über den Nachlaß und das Gesamtgut nicht erst anerkannt, sondern vorausgesetzt. Es stehe deshalb der Zulassung weiterer Sonderkonkurse kein Hindernis entgegen. — Dieser Ansicht haben sich grundsätzlich Labes[4]), Fitting[5]) und Sieburg[6]) angeschlossen; Petersen-Kleinfeller[7]) haben ebenfalls die Zulassung weiterer Fälle offenbar anerkannt; sie sagen nämlich, der Begriff des Partikularkonkurses treffe für gewisse im achten Abschnitt behandelten Arten von besonderen Konkursen zu, und schließen

[1]) Lehrbuch S. 125.
[2]) Leipziger Zeitschrift 1910 S. 483.
[3]) K.O. § 1 Anm. 64.
[4]) Goldschmidt's Zeitschrift für ges. H.R. Bd. 62 S. 117.
[5]) Lehrbuch § 5 Anm. 19.
[6]) Juristische Wochenschrift 1911 S. 393.
[7]) K.O. Vorbem. 1 zu § 207.

weitere Fälle nicht ausdrücklich aus. Seuffert[1]) und Schad[2]) gehen über die im Gesetz behandelten Fälle des Sonderkonkurses nur insofern hinaus, als sie grundsätzlich über alle Gemeinschaften zur gesamten Hand ein Konkursverfahren für zulässig erachten.

Es ist nun freilich richtig, daß in § 1 K.O. zum Ausdruck gekommen ist, daß im Fall eines Konkurses stets das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners zur Befriedigung der konkurrierenden Gläubiger zu verwenden ist, es sind also Ausnahmen, wenn nur über einen Vermögensteil zu Gunsten einer Sonderklasse von Gläubigern ein besonderes Konkursverfahren eröffnet wird. Es muß aber doch in erster Linie, wie Jäger mit Recht hervorhebt, auffallen, daß eine dem § 3 des Entwurfs einer Gemeinschuldordnung analoge Bestimmung in der Konkursordnung nicht aufgenommen ist. Dazu kommt noch, daß die preußische Konkursordnung von 1855, welche als Vorläufer der Reichskonkursordnung doch zweifellos eine wesentliche Grundlage für diese gebildet hat, in § 1 Absatz 2 ausdrücklich bestimmte: ein Konkurs, welcher sich auf einen Teil des Vermögens des Gemeinschuldners beschränkt, kann nur in den durch dieses Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen eintreten. Es kann nun unmöglich angenommen werden, daß der Gesetzgeber die ganze Frage durch die preußische Konkursordnung für genügend geklärt hielt, so daß eine ausdrückliche Bestimmung überflüssig erschien. Denn schon die Aufnahme im Entwurf einer Gemeinschuldordnung zeigt, wie auch die Motive zu diesem Entwurf beweisen, daß Zweifel in dieser Richtung nicht ausgeschlossen waren. Weiterhin ist mit Jäger[3]) noch darauf hinzuweisen, daß die Zulässigkeit eines Nachlaßkonkurses in der Konkursordnung nicht erst anerkannt worden ist. Anlaß zu Bedenken in dieser Beziehung könnten die §§ 215 und 216 K.O. geben; in § 215 ist ähnlich wie in § 209 die Zulässigkeit des Nachlaßkonkurses im Fall der Ueberschuldung ausgesprochen und in § 216 wird der Nachlaßkonkurs auch dann zugelassen, wenn der Erbe noch nicht angenommen hat oder wenn er unbeschränkt haftet. § 215 ist aber offensichtlich im Gegensatz zu § 102 K.O. aufgestellt, um darzutun, daß für die Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Ueberschuldung einerseits genüge, andererseits erforderlich sei, und § 216

[1]) Lehrbuch S. 70 f.
[2]) a. a. O. S. 41 ff.
[3]) a. a. O.

dient eigentlich nur zur näheren Erläuterung, um Zweifel auszuschließen. Die Konkursordnung rechnet also schon a priori damit, daß der Konkurs über einen Nachlaß möglich sei.

Endlich ist noch zu beachten, daß es eben Fälle gibt, in denen einem bestimmten Kreis von Gläubigern eine Vermögensmasse vor anderen Gläubigern haftet. Absonderungsrechte sind das nicht; sie sind nicht unter §§ 47 ff. zu subsumieren und eine willkürliche Vermehrung der Absonderungsrechte ist wegen § 4 K.O. unzulässig. Es bleibt daher nur übrig, dieses Vorrecht in der Weise aufzufassen, daß ein Sonderkonkurs über die betreffende Vermögensmasse eröffnet werden kann. Dies allein verwirklicht die Vorhaftung und kann zu einem wirklich befriedigenden Resultat führen. *Demnach ist die Statthaftigkeit von Sonderkonkursen generell zu bejahen*; dabei muß die begriffliche Voraussetzung, daß ein Sondervermögen einer Sonderklasse von Gläubigern zum Voraus haftet, stets vorhanden sein. (s. o. § 3 B). Wie oben schon ausgeführt (s. o. § 3 B., IV.), fallen Absonderungsrecht und Sonderkonkurs nicht etwa zusammen, sondern unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, daß beim Absonderungsrecht die par condicio creditorum gar nicht zum Ausdruck kommt.

§ 22 Einzelne Fälle.

I. Deshalb ist insbesondere über das *kaufmännische Geschäft eines Einzelkaufmanns ein Konkursausgeschlossen*, selbst wenn verschiedene Handlungen oder Gewerbe unter verschiedenen im Handelsregister eingetragenen Firmen betrieben werden.[1])[2]) Zwar existiert hier auch ein von dem Privatvermögen oder dem anderen Geschäftsvermögen durch getrennte Verwaltung und Buchführung abgesonderter Vermögensteil; allein die Geschäftsgläubiger bezw. die betreffenden Geschäftsgläubiger haben auf diesen Teil nicht einen Anspruch auf Vorwegbefriedigung; vielmehr könnten die Nichtsondervermögensgläubiger ebenso wie die verschiedenen Arten Geschäftsgläubiger aus

[1]) Die Annahme mehrerer Firmen durch einen Kaufmann ist zulässig, R.G. Bd. 16 S. 17.

[2]) Anders früher, besonders die bayerische **Prioritätenordnung** s. oben § 1 V der Arbeit.

dem Geschäftsvermögen bezw. aus jedem Geschäftsvermögen ihre Befriedigung verlangen.[1])

II. Auch über das Vermögen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann demnach ein Konkursverfahren nicht eröffnet werden. Die Unzulässigkeit eines solchen Konkurses wurde oben[2]) darauf zurückgeführt, daß in § 728 B.G.B. als Auflösungsgrund der Gesellschaftskonkurs nicht genannt ist; da nämlich die Auflösungsgründe der Gesellschaft erschöpfend aufgezählt sind, so hätte der Konkurs, wenn es einen solchen überhaupt geben würde, unbedingt erwähnt werden müssen. Wenn dagegen Seuffert[3]) aus der Zulässigkeit des Konkurses über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins und über dasjenige einer offenen Handelsgesellschaft auch die Statthaftigkeit des Konkurses über das Vermögen der bürgerlichen Gesellschaft schließt und zur Begründung betont, daß die offene Handelsgesellschaft und die Gesellschaft des B.G.B. von gleicher Wesenheit seien, so muß dies angesichts der Tatsache, daß die offene Handelsgesellschaft und der nicht rechtsfähige Verein gegenüber der Gesellschaft wesentliche Eigentümlichkeiten besitzen (§ 124 H.G.B. und §§ 50 Absatz 2 im Gegensatz zu 736 C.P.O., vergl. § 735 C.P.O.), als ganz unzutreffend bezeichnet werden. Wenn auch im Prinzip die Vorschriften für die bürgerliche Gesellschaft auf beide Rechtsgebilde Anwendung finden, so ist dies doch nur insoweit der Fall, als nicht besondere Bestimmungen bestehen. Es ist aber unzulässig, Eigenschaften, die gerade bei speziellen Rechtsgebilden vom Gesetzgeber anerkannt sind, auch dem allgemeinen Rechtsgebilde zuzuschreiben; denn sonst wäre es für den Gesetzgeber doch das Allernächstliegende, diese Eigenschaft bei dem allgemeinen Rechtsgebilde, also bei der Gesellschaft des B.G.B., zu erwähnen. Das Fehlen einer solchen Bestimmung gibt aber m. E. ein sicheres Argument dafür, daß es einen Gesellschaftskonkurs nicht gibt.[4])

---

[1]) So namentlich Jäger Konkurs der offenen H.G. S. 4 und Kammergericht L.Z. 1910 S. 483.

[2]) S. § 3 B I 3 der Arbeit.

[3]) Konkursprozeßrecht S. 72; ebenso Cosack Lehrbuch des deutschen bürg. Rechts Bd. 2 S. 429 Nr. 3 a und Schad a. a. O. S. 44.

[4]) Ebenso Jäger K.O. § 25 Anm. 8; Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 200 Anm. 7, 273 Anm. 24; Endemann Bürg. Recht Bd. 2 § 185 Anm. 14; Hellmann Lehrbuch S. 125 f.; Meurer Juristische Personen S. 267 f.; Knoke Recht der Gesellschaft S. 22 und 30; Engelmann Bürg. Recht S. 396; Labes a. a. O. S. 115 f.

Dieses Ergebnis steht keineswegs im Widerspruch mit dem von uns aufgestellten Begriff des Sonderkonkurses. Zwar geht Seuffert a. a. O. davon aus, daß das Gesellschaftsvermögen zunächst für die Schulden der Gesellschaft hafte, da ja bei der Auseinandersetzung zuerst die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen seien (§ 733 B.G.B.). Dementsprechend meint auch Schad a. a. O., daß infolge der Partei-, Prozeß- und Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft zur gesamten Hand das Gemeinschaftsvermögen vorerst für die Schulden der Gemeinschaft und dann erst für die persönlichen Schulden der Gemeinschafter hafte. — Ein solches Vorrecht ist aber den Gesellschaftsgläubigern im Gesetz nicht eingeräumt. Denn eine dem § 124 Absatz 2 H.G.B. entsprechende Bestimmung, aus welcher sich das Vorrecht der Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft am Vermögen derselben ergibt, existiert für die Gesellschaft des B.G.B. nicht. Aus § 733 Absatz 1 B.G.B. aber ein solches Vorausrecht abzuleiten, ist unmöglich. Diese Vorschrift gewährt den Gläubigern nicht ein Recht, zu verlangen, daß das Gesellschaftsvermögen ausschließlich für sie verwendet werde. Vielmehr statuiert er lediglich die interne Verpflichtung der Gesellschafter, daß bei dem Auseinandersetzungsverfahren aus Gesellschaftsschulden zu berichtigen seien.[1]) — Daß bei der dem vorhandenen gemeinschaftlichen Vermögen zuerst die Verneinung eines Vorausrechts der Gesellschaftsgläubiger vor den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter den Privatgläubigern trotzdem nicht das Recht zusteht, in das Gesellschaftsvermögen selbst zu vollstrecken, hat in der gesamthandrechtlichen Gebundenheit dieses Vermögens seinen Grund, kraft welcher ein Gesellschafter über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens nicht verfügen kann. Einem Privatgläubiger aber, dem zufälligerweise alle Gesellschafter für eine außergesellschaftliche Schuld haften, z.B. gemeinschaftliche Bürgschaft oder gemeinschaftlich begangenes Delikt, und welcher gegen alle Gesellschafter einen vollstreckbaren Titel besitzt, steht es frei, in Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken,[2]) § 736 C.P.O. Diese Konsequenz mag vielleicht dem Prinzip der Gemeinschaft zur gesamten Hand

[1]) Ebenso Hellmann a. a. O. S. 125; Labes a. a. O.; R.O.L.G. Bd. 8 S. 81; Fischer-Henle B.G.B. § 733 Anm. 2; vgl. auch § 733 Abs. 2 B.G.B.

[2]) Motive zur Zivilprozeß-Novelle S. 150; Protokolle zum B.G.B. Bd. 2 S. 434 f.; Dernburg Bürg. Recht Bd. 2 § 360 Anm. 4; Gaupp-Stein C.P.O. § 736 II; a.A. Seuffert C.P.O. § 736 Anm. 1.

nicht ganz entsprechen[1]); sie ist aber Rechtens und muß daher beachtet werden. — Ganz anders verhält es sich bei der Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft; nach § 124 H.G.B. ist hierzu ein gegen die offene Handelsgesellschaft gerichteter Schuldtitel erforderlich; einen solchen können sich aber nur Gesellschaftsgläubiger verschaffen. Haften die Gesellschafter für eine außergesellschaftliche Schuld zufällig als Gesamtschuldner, so kann der Gläubiger dieser Schuld sich nur einen gegen die einzelnen Gesellschafter gerichteten Schuldtitel verschaffen. Mit diesem vermag er aber die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft nicht zu betreiben. Darauf beruht gerade das Vorausrecht der Gesellschaftsgläubiger bei der offenen Handelsgesellschaft. Generell hinsichtlich aller Gemeinschaften zur gesamten Hand zu sagen, daß die Gemeinschaftsgläubiger ein Vorausrecht am Gemeinschaftsvermögen besitzen, ist hiernach unmöglich, da dies gerade bei der Grundform, der Gesellschaft des B.G.B., nicht der Fall ist.[2])

III. In § 213 K.O. ist ferner von dem *Konkurs über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins* die Rede. Prima facie könnte man diesen Konkurs nicht als Universalkonkurs bezeichnen, weil ihm die Eigenschaft eines Rechtssubjekts im materiellen Sinne abgeht. Nach Ansicht zahlreicher Schriftsteller[3]) ist er in der Tat auch ein Partikularkonkurs und bedingt die gleiche Behandlung wie die offene Handelsgesellschaft. Eine Gleichstellung mit dieser Gesellschaftsform kann aber nicht als richtig bezeichnet werden; dies ergibt sich schon allein aus einer Betrachtung der wirtschaftlichen Zwecke, welche diese Rechtsgebilde verfolgen. Die offene Handelsgesellschaft ist ein rein individualistischer Personenverband, bei dem eine enge Verknüpfung zwischen dem Gesellschaftsvermögen und den Trägern dieses Vermögens stattfindet. Der nicht rechtsfähige Verein dagegen ist auf einen steten Wechsel seiner Mitglieder angelegt, so daß schon allein durch die Organisation eine wesentliche Annäherung an die juristische Per-

---

[1]) Knoke a. a. O. S. 81/82.

[2]) Vgl. Hagenguth a. a. O. S. 44 ff.

[3]) Vgl. Seuffert a. a. O; Petersen-Kleinfeller Vorbem. vor § 207 K.O.; Schad a. a. O. S. 60; Labes a. a. O. S. 114; Sarwey-Bossert K.O. § 213 Anm. 2; Hagenguth a. a. O. S. 50 ff.; Nußbaum Zeitschrift für Zivilprozeß (Busch) Bd. 34 S. 134 ff.; a. A. Wolff K.O. § 213 Anm. 2; Rustenbach Konkurs des Vereins ohne Rechtsfähigkeit (1904) S. 34 ff.; Jäger a. a. O.

son stattfindet. Ferner aber stellt das Gesetz für den nicht rechtsfähigen Verein und die offene Handelsgesellschaft teilweise grundsätzlich verschiedene Bestimmungen auf. Nach § 124 H.G.B. kann die offene Handelsgesellschaft „unter ihrer Firma" klagen und verklagt werden, m. a. W. sie kann ihre Firma benützen, um in der Kläger- bezw. Beklagtenrolle aufzutreten, anstatt daß sämtliche Gesellschafter, welche ja in Wirklichkeit die Parteien sind, klagen oder verklagt werden müssen. Mit Recht wird dies von Meurer als nur formelle Rechtsfähigkeit bezeichnet, während in Wahrheit die Subjekte des Gesellschaftsvermögens als Parteien in Betracht kommen. Anders beim nicht rechtsfähigen Verein; zwar ist er nicht in der Lage, als Kläger aufzutreten. Jedoch kann er nach § 50 C.P.O. als solcher verklagt werden und in diesem Rechtsstreite hat er alsdann die Stellung eines rechtsfähigen Vereins. Hier ist nicht nur eine formelle Rechtsfähigkeit vorhanden; denn in der Beklagtenrolle wird der Verein so angesehen, wie wenn er juristische Person wäre. Man hat diese Stellung mit Recht eine beschränkte Rechtsfähigkeit genannt,[1]) welche sich sowohl bei der Einzelexekution als auch im Konkurs äußert (vergl. § 72 K.O. mit § 735 C.P.O.). Während die offene Handelsgesellschaft nur unter ihrer Firma Rechte und Pflichten haben kann, hat das Gesetz dem nicht rechtsfähigen Verein die Fähigkeit, als solcher Schuldner zu sein, zuerkannt.[2]) Denn §§ 50, 735 C.P.O. und § 213 K.O. sind die rechtlichen Folgeerscheinungen der Schuldnereigenschaft.

Insoweit gilt also der Verein ohne Rechtsfähigkeit im Konkurs als juristische Person; er ist als solcher der Gemeinschuldner selbst.[3]) Der Konkurs ist demnach ein Universalkonkurs. Dafür scheint mir vor allem auch die Erwägung zu sprechen, daß die Gläubiger hier nicht den einzelnen, in ihrem Bestand möglicherweise fortgesetzt wechselnden Mitgliedern kreditierten, sondern dem Verein als solchem; der Gläubiger kümmert sich um die einzelnen Mitglieder gar nicht, vergl. z. B. Studentenver-

[1]) Vgl. namentlich Hellmann Lehrbuch S. 124.

[2]) Ebenso Hellmann a. a. O.; anders Petersen-Kleinfeller § 213 Anm. 3, nach welchem die Gleichstellung mit den juristischen Personen lediglich die Konkurseröffnung, wie im Zivilprozeß die Uebernahme der Beklagtenrolle, ermögliche.

[3]) Anders diejenigen, die diesen Konkurs nicht als Universalkonkurs auffassen, mit Ausnahme von Petersen-Kleinfeller, der auffallenderweise nur die Vorstandsmitglieder als Gemeinschuldner bezeichnet.

bindung. Insbesondere scheinen mir auch die Konsequenzen, die sich an die Gegenmeinung knüpfen, nicht dafür zu sprechen, daß der Konkurs eines nicht rechtsfähigen Vereins als Partikularkonkurs zu bezeichnen ist. Denn sämtliche Vereinsmitglieder wären damit notwendigerweise die Gemeinschuldner und müßten auch die Rechte und Pflichten eines solchen übernehmen. In Anbetracht des losen Zusammenhangs, in welchem nach dem ganzen Aufbau dieses Rechtsgebildes die Vereinsmitglieder zum Vereinsvermögen stehen, scheint mir dies im höchsten Grade bedenklich.[1])

IV. Sehr bestritten ist ferner, ob über das Vermögen einer Reederei ein Sonderkonkurs möglich sei. Es erübrigt sich hier wohl, näher auf die juristische Natur der Reederei, welche ebenfalls den Gegenstand einer Streitfrage bildet, einzugehen. Sicher ist jedenfalls, daß sie nicht eine juristische Person ist.[2]) Das ergibt sich in erster Linie aus dem Mangel jeder korporativen Verfassung. Ferner ist noch zu beachten, daß unter den sich auf die Reederei beziehenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches sich keine dem § 210 H.G.B. entsprechende Bestimmung befindet. Die Entstehung einer Reederei, zu der ja nach § 489 H.G.B. lediglich die Tatsache genügt, daß von mehreren Personen ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Schiff zum Erwerb durch die Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwendet wird, weicht auch so grundsätzlich von der Bildung juristischer Personen nach bürgerlichem Recht ab, daß es wohl hätte ausdrücklich erwähnt werden müssen, wenn die Reederei juristische Persönlichkeit besitzen sollte. Die von Gareis[3]) gebrauchte Bezeichnung der Reederei als einer relativen juristischen Person ist ungeeignet, da damit ein fest umgrenzter juristischer Begriff nicht gewonnen wird, aus dem dann etwa die Konkursfähigkeit der Reederei abgeleitet werden könnte. Denselben Begriff verwendet ja Gareis auch bei der offenen Handelsgesellschaft und kommt trotzdem zur Verneinung eines Sonderkonkurses über die Reederei. — Es kann zweifelhaft sein, ob das Wesen der Reederei lediglich in einem Miteigentumsverhältnisse[4]) besteht, oder ob sie eine

---

[1]) a. A. Nußbaum a. a. O.

[2]) So früher Lewis Seerecht 1. Aufl. Bd. 1 S. 41; jetzt Mittermaier Deutsches Privatrecht Bd. 2 § 542 IV; Pohls Seerecht Bd. 1 S. 113.

[3]) Handelsrecht 4. Aufl. S. 791.

[4]) Dernburg Bürg. Recht Bd. 2 § 373.

Gemeinschaft zur gesamten Hand bildet[1]) und im letzteren Falle sogar einem nicht rechtsfähigen Verein gleichzustellen ist[2]) oder ob hier eine societas sui generis zu Grunde zu legen ist.[3]) Da wir einen Sonderkonkurs nur bei eigenartiger Lagerung der Haftungsverhältnisse anerkennen, müssen nunmehr diese bei der Reederei untersucht werden. Man kann drei Arten von Gläubigern unterscheiden: Schiffsgläubiger, gewöhnliche Reedereigläubiger, Privatgläubiger der Mitreeder. Der ersten Gruppe von Gläubigern haften die Mitglieder nur mit Schiff und Fracht (§ 486 H.G.B.); die zweite Gruppe sind solche Gläubiger, die aus den das Reedereigewerbe betreffenden Rechtsgeschäften etwas zu fordern haben; ihnen haften die Mitreeder auch persönlich. Die letzte Gruppe sind endlich die Privatgläubiger jedes Mitreeders. — Da die Schiffsgläubiger infolge der nicht persönlichen Haftung der Mitreeder eines besonderen Schutzes bedürfen, ist ihnen gemäß §§ 755 und 754 Ziffer 8 und 9 H.G.B. ein gesetzliches Pfandrecht an dem Schiffe und dessen Zubehör eingeräumt worden. Da infolgedessen nach § 47 K.O.[4]) ein Absonderungsrecht am Schiff und dessen Zubehör den Schiffsgläubigern zusteht, ist zur Verwirklichung des ihnen gesetzlich zugestandenen Pfandrechts ein hinreichender Schutz gewährt; ein Sonderkonkurs zu ihren Gunsten über das Reedereivermögen erscheint aber deshalb nicht möglich, weil ja das Reedereivermögen, wenn man überhaupt ein solches als bestehend annimmt, aus anderen Gegenständen zusammengesetzt ist, an denen ein Pfandrecht nicht besteht.[5]) Die Reedereigläubiger, denen die Mitreeder auch persönlich haften, können die Zwangsvollstreckung in

---

[1]) Gierke Genossenschaftstheorie S. 345/363; Schad a. a. O. S. 67; Seuffert a. a. O. S. 72.

[2]) Jörges Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 49 S. 207, der freilich die Analogie nur dann bejaht, wenn ein Korrespondentreeder auftritt.

[3]) Goldschmidt's Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 23 S. 352; jetzt Lewis (Endemann's Handbuch) Bd. 1 S. 54; Schaps Kommentar § 489 Anm. 29.

[4]) Jäger K.O. § 47 Anm. 10.

[5]) Die Ansicht von Schaps a. a. O. § 489 Anm. 12, daß ein Reedereivermögen nur nach innen, nicht aber nach außen bestehe, scheint mir unzutreffend. Vor allem ist mit Dernburg a. a. O. S. 672 hervorzuheben, daß ohne ein solches ein geregelter Betrieb sich kaum denken lasse; im übrigen ist aber weiterhin das Verhältnis, welches Schaps konstruiert, nämlich nach innen Sondergut, nach außen nicht, sehr eigentümlich. Warum soll denn nach außen nicht ebenso ein Reedereivermögen bestehen können, wenn es im internen Verhältnis ein solches gibt?

das Reedereivermögen betreiben, wenn sie einen gegen alle Reeder gerichteten Schuldtitel besitzen; denn der Reederei fehlt mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung sowohl die materielle als auch die formelle Parteifähigkeit.[1]) Es kann also nicht gegen die Reederei als solche geklagt werden, wenn eine Reedereischuld geltend gemacht wird; ebenso müssen natürlich sämtliche Mitreeder belangt werden[2]), wenn die Schiffsgläubiger ihre Ansprüche verfolgen. Auch ist ein Titel gegen die Reederei als solche nicht möglich. Wenn aber der Titel gegen sämtliche Mitreeder lautet, ist die Zwangsvollstreckung in das Reedereivermögen unbedenklich. Dann kann aber auch ein Privatgläubiger, dem die Mitreeder zufälligerweise als Gesamtschuldner persönlich haften und der gegen alle einen vollstreckbaren Titel besitzt, auf Grund dieses Titels Zwangsvollstreckung in das Reedereivermögen betreiben.[3]) Die Reedereigläubiger haben also kein Vorausrecht auf das Reedereivermögen. Nimmt man noch hinzu, daß die Reederei entsprechend nach den Regeln über die Gesellschaft zu beurteilen ist[4]), so besteht wie bei der Gesellschaft lediglich eine im Auflösungsstadium zu beachtende interne Verpflichtung der Mitreeder, vor der Teilung des gemeinsamen Vermögens die gemeinsamen Reedereischulden zu berichtigen.[5])

Es fehlt daher an der begrifflichen Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Sonderkonkurses, sowohl zu Gunsten der Schiffsgläubiger, die lediglich am Schiff, also an einem Teil des Reedereivermögens, ein Absonderungsrecht haben, die aber die Fracht, welche ihnen auch noch haftet, nicht vor den Reedereigläubigern angreifen können, als auch zu Gunsten der letzteren, denen ein Vorausrecht vor den Privatgläubi-

---

[1]) So mit Recht Schaps a. a. O. § 289 Anm. 13; a. A. Dernburg a. a. O., vgl. Gaupp-Stein C.P.O. § 50 Anm. 34.

[2]) Ebenso Schaps a. a. O. § 489 Anm. 20.

[3]) Ebenso Jörges a. a. O. S. 202.

[4]) Gierke in Kohler's Enzyklopädie Bd. 1 S. 1009.

[5]) Ebenso Labes a. a. O. S. 117; unzutreffend ist die Bemerkung von Labes, daß dadurch, daß bestimmte Gläubiger als Schiffsgläubiger bezeichnet seien, denen als solchen ein gesetzliches Pfandrecht zustehe, den anderen Gläubigern ein Vorzugsrecht abgesprochen sei. Dieses von Labes selbst als nicht unbedenklich bezeichnete argumentum e contrario ist m. E. deshalb nicht möglich, weil ja das gesetzliche Pfandrecht an ganz bestimmten Gegenständen besteht, es also nicht ausgeschlossen wäre, daß das Reedereivermögen dennoch gewissen Gläubigern voraushafte.

gern, wie wir gesehen haben, nicht eingeräumt ist. Es gibt also keinen Reedereikonkurs.[1])[2])

V. Der Zweitkonkurs, d. h. der Konkurs über den Neuerwerb eines bereits in Gant befindlichen Gemeinschuldners, wird von manchen Schriftstellern als Sonderkonkurs bezeichnet.[3]) Was nun aber zunächst die Aktivmasse anbelangt, so ist es schon hiebei zweifelhaft, ob ein Zweitkonkurs wirklich nur über einen Vermögensteil des Gemeinschuldners erfolgt oder ob er nicht vielmehr sein gesamtes Vermögen umfaßt. Denn zur Konkursmasse des Zweitkonkurses gehört auch ein etwaiger Ueberschuß des Erstkonkurses. Freilich bildet tatsächlich nur ein Teil des gemeinschuldnerischen Vermögens die Konkursmasse; aber der andere Teil, nämlich die Konkursmasse des Erstkonkurses, befindet sich bereits im Liquidationsstadium und ist zu diesem Zweck durch die erste Konkurseröffnung zu einem Sondervermögen geworden, welches zu Gunsten gewisser Gläubiger bereits beschlagnahmt ist.[4]) Ergibt sich bei der Befriedigung dieser Gläubiger ein Ueberschuß, so ist dieser ipso iure an die Zweitkonkursmasse als nunmehriger Bestandteil derselben abzuführen. Insofern kann man also sagen, daß der Zweitkonkurs in gewissem Sinn das ganze Vermögen des Gemeinschuldners umfaßt.[5])

---

[1]) Ebenso jetzt Jäger K.O. § 25 Anm. 8 (früher dahinstellend § 1 Anm. 62); Schaps Seerecht § 489 Anm. 14; Keußner Zeitschrift für ges. Handelsrecht Bd. 43 S. 456; Hellmann Lehrbuch S. 127; Gareis Handelsrecht S. 943; Dernburg a. a. O. S. 674 Anm. 15; Labes a. a. O. S. 116/117; a. A. Seuffert a. a. O. S. 72/73; Jörges a. a. O. Bd. 49 S. 207; Schad a. a. O. S. 67 ff.; Hagenguth a. a. O. S. 52 ff.

[2]) Trotzdem hatte das Hamburgische Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und die Schiffsverkäufe vom 14. Juli 1879 in § 42 von „Schiffsverkäufen, welche im Fall des Konkurses der Reederei von dem Konkursverwalter betrieben werden", gesprochen. Dieses Gesetz ist jetzt aufgehoben, weil die in § 757 C.P.O. für die Landesgesetze getroffenen Vorbehalte hinsichtlich der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen in Wegfall gekommen sind.

[3]) So namentlich Hellmann Lehrbuch S. 136 f.

[4]) S. unten VI.

[5]) Ebenso Hellmann a. a. O. S. 137; anscheinend anders Jäger K.O. § 1 Anm. 61, der beim Zweitkonkurs lediglich ein Fehlen einer Sonderklasse von Gläubigern annimmt. Es verhält sich aber m. E. hier nicht anders als in dem Fall des mit dem Gesellschaftskonkurs gleichzeitig zusammentreffenden Privatkonkurses eines Gesellschafters, welch letzterer ja auch ein Universalkonkurs ist; s. oben § 17 I.

Wenn demnach schon aus diesen Gründen die Eigenschaft des Zweitkonkurses als eines Sonderkonkurses fraglich erscheint[1]), so ist doch das subjektive Moment, nämlich die Teilnahme einer beschränkten Anzahl von Gläubigern, die eigentliche Ursache des Streites, ob Sonder- oder Universalkonkurs. Eine früher wohl überwiegende Ansicht[2]) stand nämlich auf dem Standpunkt, daß an dem Zweitkonkurs während der Dauer des Erstkonkurses bloß diejenigen Gläubiger teilnahmeberechtigt seien, deren Ansprüche erst nach der Eröffnung des Erstkonkurses entstanden seien; denn nach § 14 K.O. sei es ja den Konkursgläubigern verwehrt, irgend welche Vollstreckungsmaßregeln in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners vorzunehmen; da der Konkurs ebenfalls Exekution sei, müßten sie daher von der Teilnahme am Zweitkonkurs ausgeschlossen sein. Dazu bemerkt Wolff noch, daß ja die Konkursgläubiger gemäß § 12 K.O. ihre Ansprüche auf Sicherung und Befriedigung nur durch Anmeldung in diesem Konkurs verfolgen und demnach auch nicht gegen den Gemeinschuldner geltend machen können, mögen sie nun am Verfahren teilnehmen oder nicht; deshalb könnten sie sich aber auch an dem über das neuerworbene Vermögen des Kridars entstandenen Konkurs nicht durch Anmeldung beteiligen. Die Ansicht Wolffs ist unzutreffend; denn § 12 K.O. schreibt lediglich vor, daß die Konkursgläubiger ihre Ansprüche auf Sicherung und Befriedigung *aus der Konkursmasse* nur nach Maßgabe der Konkursordnung verfolgen können. Damit sind sie aber nicht gehindert, gegen den Gemeinschuldner den gewöhnlichen Rechtsweg zu beschreiten. Deswegen kann es ihnen aber auch nicht verwehrt sein, im Zweitkonkurs ihre Ansprüche geltend zu machen, und da zur Geltendmachung in diesem Verfahren nach § 12 ebenfalls bloß die Anmeldung möglich ist, müssen sich die Konkursgläubiger des Erstkonkurses durch Anmeldung am Zweitkonkurs beteiligen können. Was alsdann den § 14 K.O. anbelangt, so sind nach dieser Bestimmung lediglich Arreste und Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger ausgeschlossen. § 14 wollte, wie die Motive ausdrücklich lehren, lediglich Einzelexekutionen hemmen, und es konnte dies

---

[1]) Hellmann spricht aber trotzdem von Sonderkonkurs.

[2]) Petersen-Kleinfeller § 1 Anm. 21; Seuffert a. a. O. S. 89; Wilmowski § 14 Anm. 3; Kohler Lehrbuch S. 76; Wolff K.O. § 14 Anm. 2; Ettegliz K.O. § 1 VII; Sarwey-Bossert K.O. § 14 Anm. 5.

nicht deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, als daß Zwangsvollstreckungsmaßregeln zu Gunsten *einzelner* Konkursgläubiger verboten würden. Es ist ganz selbstverständlich, daß § 14 in erster Linie den Grundsatz der par condicio creditorum voll verwirklichen wollte. Ganz anders aber, wenn ein Konkurs über den Neuerwerb ausgebrochen ist; hier wird durch Anmeldung seitens der Konkursgläubiger des Erstkonkurses die par condicio creditorum nicht verletzt. Wie Oetker[1]) mit Recht hervorhebt, haben die Konkursgläubiger des Erstkonkurses durch die Eröffnung dieses Konkurses nicht aufgehört, Gläubiger des Gemeinschuldners zu sein; ihr persönlicher Anspruch gegen diesen ist wohl nicht untergegangen; sie sind daher noch zur Zeit der Eröffnung des Zweitkonkurses Gläubiger des Gemeinschuldners und müssen deshalb das Recht haben, sich zu beteiligen. Und wenn Sarwey-Bossert[2]) betonen, daß Zweck und Ergebnis einer Beteiligung der Gläubiger des Erstkonkurses am Zweitkonkurs die Verwertung von außerhalb der Masse des Erstkonkurses liegendem Vermögen zu Gunsten der Konkursgläubiger wäre, daß dies aber das Gesetz habe ausschließen wollen, so steht dies wiederum im Widerspruch mit der ratio des § 14 K.O. Diese geht dahin, daß der Gemeinschuldner sich erholen kann und nicht durch Zwangsvollstreckungen seitens der Konkursgläubiger in der Sanierung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse behindert wird. Wird aber nun ein Zweitkonkurs eröffnet, so kommt diese Rücksichtnahme auf den Gemeinschuldner gar nicht mehr in Frage; denn der Neuerwerb, den der Gemeinschuldner gemacht hatte, ist ja nunmehr seiner Verfügung entzogen. § 14 kann demnach unmöglich gegen eine Beteiligung der Konkursgläubiger des Erstkonkurses angeführt werden.[3])

Hellmann (a. a. O.) leugnet die Möglichkeit eines *Zweit*konkurses über den Neuerwerb und bejaht nur die Möglichkeit eines Konkurses über den Neuerwerb zu Gunsten der Neugläubiger (als Sonderkonkurs). Den Ausschluß der Gläubiger des Erstkonkurses leitet Hellmann aus Folgendem ab: Da die Konkursmasse das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners umfasse, würde die Masse des Zweit-

[1]) Grundbegriffe Bd. 1 S. 203 f.

[2]) a. a. O.

[3]) So namentlich Jäger K.O. § 1 Anm. 59; Konkurs der offenen H.G. S. 101 f.; Endemann Konkursverfahren S. 128; Labes a. a. O. S. 126; Hellmann Lehrbuch S. 136; Hagenguth a. a. O. S. 73 f.

konkurses nur einen Teil des pfändbaren Vermögens ergreifen. Denn im Zeitpunkt der Eröffnung des Zweitkonkurses gehöre ihm doch auch die Masse des Erstkonkurses. Da dieses Vermögen auch pfändbares Vermögen sei — denn es komme auf die Pfändbarkeit in abstracto, nicht in concreto an — so sei ein Teilkonkurs vorhanden, der aber als Anomalie keine Berechtigung habe; es sei überdies ein höchst unbefriedigendes Ergebnis, wenn den Konkursgläubigern durch einen Zweitkonkurs nur dann geholfen werden könnte, wenn der Neuerwerb unzureichend sei, nicht aber wenn er zureichend sei, um die Gläubiger voll zu befriedigen; wegen Fehlens des Konkursgrundes der Zahlungsunfähigkeit könne ja hier kein Konkurs stattfinden. Weil nun die Gläubiger des Erstkonkurses kein Recht haben, sich aus dem Neuerwerb zu befriedigen, weil dieses Recht nur den Neugläubigern zustehe, deshalb Sonderkonkurs über den Neuerwerb zu Gunsten der Neugläubiger.

Diese Ansicht Hellmanns kann nicht als richtig erachtet werden. Zunächst ist es ein Widerspruch, auf der einen Seite den Konkurs über den Neuerwerb mit Rücksicht auf die Aktivmasse als Anomalie zu bezeichnen, da er ja lediglich ein Teilkonkurs sei, und dann auf der anderen Seite, obwohl sich in Beziehung auf die Aktivmasse nichts geändert hat, nach Analogie des Nachlaßkonkurses einen Sonderkonkurs über den Neuerwerb mit bloßer Beteiligung der Neugläubiger zuzulassen. Schon die Analogie des Nachlaßkonkurses scheint sehr bedenklich. Hellmann ist offenbar auf diesen Analogieschluß deshalb gekommen, weil in praxi in der Regel ein nennenswerter Neuerwerb sich kaum anders als durch Erbfolge des Schuldners ergeben könne. Es zeigen sich aber doch erhebliche Verschiedenheiten vom Nachlaßkonkurs: Die Konkursmasse des Zweitkonkurses umfaßt in erster Linie nicht bloß den durch Erbfolge erhaltenen Vermögensteil des Schuldners, sondern auch den übrigen Neuerwerb. Gläubiger wären aber einzig und allein die Neugläubiger. Haben diese aber etwas Gemeinsames mit den Nachlaßgläubigern? Diese waren Gläubiger des Erblassers und sind nur durch die Erbfolge Gläubiger des Schuldners geworden; es ist ihnen also durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses das Recht zu gewähren, aus dem Vermögen derjenigen Person, welcher sie kreditiert hatten, die Vorausbefriedigung zu erhalten. Die Neugläubiger des Zweitkonkurses sind aber von Anfang an die Gläubiger des Schuldners selbst. Sie können ein solches Vorrecht wie die Nachlaßgläubiger nicht beanspruchen. Und wäre dann der

Zweitkonkurs nur bei Ueberschuldung des Neuerwerbs möglich, oder greift hier die Analogie des Nachlaßkonkurses nicht mehr durch? Die Analogie mit dem Nachlaßkonkurs muß demnach als verfehlt bezeichnet werden. Weiterhin ist es zwar richtig, daß die Pfändbarkeit in abstracto und nicht diejenige in concreto maßgebend ist. Dies bezieht sich aber nur auf einzelne Gegenstände; die Beschlagnahme einer ganzen Vermögensmasse kann darunter unmöglich begriffen werden. Würde Hellmann seine die Pfändbarkeit betreffenden Ausführungen auch z. B. auf den Erben- und Nachlaßkonkurs anwenden, so wäre, wenn ein Nachlaßkonkurs eröffnet ist, für die Dauer dieses Verfahrens ein Erbenkonkurs ausgeschlossen; denn der Erbe war ja auch Eigentümer des Nachlasses und zwar noch zu der Zeit, als der Erbenkonkurs eröffnet werden sollte. Dieser Konkurs wäre also auch ein Teilkonkurs, nach Hellmann also eine Anomalie. Darauf kann es nicht ankommen, daß in dem jetzt in Frage stehenden Fall die beiden Konkurse gleichzeitig nicht eröffnet werden können, während dies ja beim Nachlaß- und Erbenkonkurs rechtlich möglich wäre. Wie aber durch den Nachlaßkonkurs eine Sonderung des Nachlasses vom Erbenvermögen eintritt, so wird auch im Regelkonkurs das gegenwärtige Vermögen vom zukünftigen gesondert. Diese Vermögenssonderung kann aber nicht dazu berechtigen, den Zweitkonkurs als Teilkonkurs zu bezeichnen und ihn deswegen für rechtlich unmöglich zu halten. Wenn aber Hellmann ferner betont, daß die ausschließliche Teilnahmeberechtigung am Erstkonkurs den Ausschluß vom Zweitkonkurs zur Folge haben müsse, so kann doch hieraus ein Ausschluß von Rechten mit Fug nicht abgeleitet werden. Es wäre dann nicht einzusehen, warum die Konkursgläubiger des Erstkonkurses nach Beendigung desselben nicht noch am unbeendigten Zweitkonkurs sollten teilnehmen dürfen. Wäre Hellmann konsequent, so müßte er dies ausschließen. Nun erkennt aber Hellmann an, daß der persönliche Anspruch gegen den Gemeinschuldner trotz Konkurseröffnung noch weiter besteht. Dies ergibt sich aus seinem Standpunkt hinsichtlich der uneingeschränkten Möglichkeit von Passivprozessen gegen den Gemeinschuldner. Wenn aber wirklich ein solcher Anspruch besteht, so berechtigt er auch unzweifelhaft zur Teilnahme am Zweitkonkurs. Wollte das Gesetz diese Teilnahme ausschließen, so hätte es ausdrücklich bestimmt werden müssen. Hellmann vermag aber selbst eine solche Norm nicht anzugeben. Wie könnte es sich aber auch außerdem rechtfertigen, die Teilnahmeberechtigung

am Zweitkonkurs bloß während der Dauer des Erstkonkurses auszuschließen? Wenn endlich Billigkeitserwägungen angeführt werden, die eine Beantragung des Zweitkonkurses seitens der Erstgläubiger und eine Beteiligung derselben insofern als unbefriedigend darstellen, als damit den Konkursgläubigern nur dann geholfen wäre, wenn der Neuerwerb unzureichend sei, so steht dem entgegen, daß der Zweitkonkurs nicht etwa bei Ueberschuldung eröffnet wird, sondern gemäß § 102 K.O. bei Zahlungsunfähigkeit. Zahlt der Gemeinschuldner trotz des gemachten Neuerwerbs nicht, so ist der Gläubiger nicht gehindert, Konkursantrag zu stellen. — Wäre es übrigens nicht eine viel größere Unbilligkeit, wenn die Gläubiger des Erstkonkurses ruhig zusehen müßten, wie aus einem erheblichen Neuerwerb die Neugläubiger ihre volle Befriedigung erhalten, während sie sich im Erstkonkurs mit einer geringen Dividende zufrieden geben müssen?[1]) Verlangt nicht die par condicio creditorum dringend, daß sich die Erstgläubiger sofort am Zweitkonkurs beteiligen können?

Die Gründe, mit denen Labes[2]) die Ansicht Hellmanns bekämpft, sind m. E. nicht durchschlagend. Er meint, daß die Folge der ausschließlichen Berechtigung der Erstgläubiger im Erstkonkurs die Beschränkung auf den Ausfall im Zweitkonkurs sei und nicht der Ausschluß der Erstgläubiger in diesem Konkurs. Es mag ja richtig sein[3]), daß eine Beschränkung auf den im Erstkonkurs erlittenen Ausfall für die Erstgläubiger im Zweitkonkurs eintritt, wenn man annimmt, daß sie sich am Zweitkonkurs beteiligen können, und daß dies dann wohl deshalb der Fall ist, weil sie im Erstkonkurs die allein Beteiligten waren. Dies ist aber noch kein Gegenargument gegen die Behauptung Hellmanns; denn Labes setzt gerade voraus, was Hellmann erst zu widerlegen sucht. Wenn nach alledem die Erstgläubiger sich auch am Zweitkonkurs beteiligen können, müssen sie auch das Recht haben, diesen Konkurs zu beantragen.[4])

---

[1]) Ebenso Kohler Lehrbuch S. 534.

[2]) a. a. O. S. 127.

[3]) S. unten S. 210.

[4]) Ebenso L.G. München Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung Bd. 71 S. 562.

Der Zweitkonkurs fällt daher nicht unter die Gruppe der Sonderkonkurse, sondern ist ein Universalkonkurs.[1])

VI. Wenn auch der Zweitkonkurs kein Sonderkonkurs ist, so wird dies doch vom Erstkonkurs im Verhältnis zum Zweitkonkurs von Kohler[2]) und Labes[3]) behauptet. Jäger erwähnt die Frage nirgends. Labes folgert die Sonderkonkurseigenschaft daraus, daß, sobald ein zweites Konkursverfahren eröffnet sei, im Erstkonkurs doch nur das zur Zeit seiner Eröffnung vorhandene Vermögen zur Masse des Erstkonkurses gehöre und daß nur die zu jener Zeit vorhandenen Gläubiger daran teilnehmen können. Es muß nun immerhin prima facie befremden, daß ein Universalkonkurs ohne weiteres infolge außerhalb seiner selbst liegender Umstände, nämlich infolge der Eröffnung des Zweitkonkurses, plötzlich ein Sonderkonkurs werden sollte. Man fragt sich unwillkürlich: war er es dann nicht schon von Anfang an? Die Bejahung dieser Frage würde die Unmöglichkeit eines Universalkonkurses überhaupt zur Folge haben, da ein Zweitkonkurs rechtlich doch immer möglich ist. Und doch ist zu berücksichtigen, daß die Lebensvorgänge nach Konkurseröffnung nicht stille stehen, sondern in steter Weiterentwicklung sich befinden und daß infolgedessen gesagt werden muß, daß ein bestimmter Gläubigerkreis, nämlich die zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen Gläubiger aus einer bestimmten Masse, nämlich aus dem zur Zeit der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner gehörigen Vermögen vorweg, d. h. vor den späteren Gläubigern befriedigt werden. Wenn sonach von einem späteren Zeitpunkt aus betrachtet die Voraussetzungen eines Sonderkonkurses jedesmal gegeben sind, so liegt doch in den Normalfällen stets ein Universalkonkurs vor, da eben alle diese Verhältnisse nach dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung zu beurteilen sind. Was damals Universalkonkurs war, bleibt es in der Folgezeit auch. — Wird aber nun ein Zweitkonkurs eröffnet, solange der Erstkonkurs noch schwebt, so ist für die Beurteilung der jetzigen Verhältnisse der Zeitpunkt der Eröffnung des Zweitkonkurses maßgebend. Von diesem Standpunkt aus er-

[1]) Ebenso Jäger K.O. § 1 Anm. 62; Hagenguth a. a. O. S. 75; Labes a. a. O. S. 126 (allerdings Sonderkonkurs mit Sonderung auf Seiten der Aktivmasse); a. A. Fitting a. a. O.

[2]) Leitfaden S. 71.

[3]) a. a. O. S. 118.

scheint aber der Erstkonkurs als ein Sonderkonkurs. Denn infolge der durch die erste Konkurseröffnung bewirkten Beschlagnahme des gemeinschuldnerischen Vermögens haben die damals vorhandenen Gläubiger ein unentziehbares Recht erworben, aus der damals vorhandenen Masse vorweg befriedigt zu werden. Da ein Zweitkonkurs nicht eröffnet worden wäre, wenn nicht neue Masse vorhanden gewesen wäre, so haben wir hier die Erscheinung, daß ein abgeschlossener Vermögensteil, nämlich das Konkursvermögen des Erstkonkurses einer bestimmten Gläubigerklasse, nämlich der damals vorhandenen, vorweg haftet. Es liegen also alle Merkmale eines Sonderkonkurses vor.[1])

Der Umstand, daß hier ein Sonderkonkurs entsteht, wenn der zweite Konkurs eröffnet ist, hat seine praktisch bedeutsamen Folgen:

1. Vor allem findet § 68 K.O. auf das Verhältnis der Konkursmasse des Erstkonkurses zum konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners keine Anwendung. Leistet also der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Erstkonkurses eine Teilzahlung aus konkursfreiem Vermögen, so mindert sich um diesen Betrag die Forderung des Gläubigers im Erstkonkurs; er kann also nur für den Restbetrag die Dividende erhalten (anders z. B. beim Nachlaßkonkurs bei unbeschränkter Haftung des Erben).

2. Es muß ferner für jedes Verfahren eine besondere Anmeldung der aus beiden Konkursen zu befriedigenden Konkursforderung erfolgen. Dagegen macht die Feststellung in dem einen Verfahren Rechtskraft für das andere und es ist gleichgültig, in welchem Verfahren diese Feststellung zuerst erfolgt. Hat daher in dem zeitlich zuerst abgehaltenen Prüfungstermine der Gemeinschuldner die Bestreitung unterlassen, so kann er in dem für das andere Verfahren abgehaltenen Prüfungstermin dieselbe Forderung nicht mehr wirksam bestreiten. Er vermag bloß solche Einwendungen geltend zu machen, die nach dem ersten Prüfungstermin entstanden sind, § 767 C.P.O. vergl. § 71 K.O.; § 164 Absatz 2 und 3 K.O.

3. Eine wesentliche Wirkung der Sonderkonkurseigenschaft des Erstkonkurses ist ferner, daß die Erstgläubiger im Zweitkonkurs Befriedigung nur wegen des im Erstkonkurs erlittenen Ausfalles suchen dürfen,

---

[1]) Ebenso Hagenguth a. a. O. S. 75.

arg §§ 212, 234 K.O.[1]) Dies gebietet schon die Lage der Neugläubiger, für welche es ein sehr unbilliges Ergebnis wäre, wenn sie sich die volle Konkurrenz der Erstgläubiger gefallen lassen müßten. Dies ergibt sich aus folgendem Beispiel: Betragen im Erstkonkurs die Aktiva 50 000 ℳ und die Passiva 100 000 ℳ, so könnten im Zweitkonkurs noch 50 000 ℳ Befriedigung suchen. Betragen hier nun die Passiva der Neugläubiger 50 000 ℳ, die Aktiva ebenfalls 50 000 ℳ, so würden die Neugläubiger eine Befriedigung von 50 % erhalten. Könnten aber im Zweitkonkurs die Erstgläubiger nicht bloß den Ausfall, sondern die ganze Forderung geltend machen, so wäre die Befriedigung hier nur 33⅓ %; jetzt könnten die Erstgläubiger im Erstkonkurs noch mindestens 66 ⅔ %, wenn nicht ihre ganze Forderung geltend machen. Ein Ueberschuß für die Neugläubiger würde sich dann aber keinesfalls als Resultat des Erstkonkurses ergeben; sie wären daher wesentlich schlechter gestellt.

4. Der in dem einen Verfahren abgeschlossene Zwangsvergleich wirkt auch gegenüber dem anderen Verfahren hinsichtlich derjenigen Konkursforderungen, die in beiden Verfahren verfolgbar sind. Kommt es nun zuerst im Erstkonkurs zu einem Zwangsvergleich, so können die Erstgläubiger im Zweitkonkurs nur mehr die Vergleichsrate geltend machen, arg § 211 Absatz 2 K.O. Befriedigung erhalten sie aber im Zweitkonkurs nur hinsichtlich desjenigen Betrages, den sie in Anrechnung auf die Vergleichsrate im Erstkonkurs nicht erhalten haben; denn das ist jetzt ihr Ausfall. Kommt zuerst im Zweitkonkurs ein Zwangsvergleich zustande, so sind die auf die Erstgläubiger entfallenden Beträge zurückzuhalten, bis deren Ausfall im Erstkonkurs feststeht, arg § 212 K.O. Ein bezüglich der zurückbehaltenen Beträge sich ergebender Ueberschuß ist im Wege einer Nachtragsverteilung unter die Neugläubiger zu verteilen.

5. Im übrigen finden beide Verfahren durchaus selbständig voneinander statt. So hat erforderlichenfalls der Gemeinschuldner in jedem Verfahren den auf die betreffende Aktivmasse sich beziehenden Offenbarungseid zu leisten. Die Massegläubiger des Erstkonkurses können nicht auch ihre Forderungen als Masseforderungen im Zweitkonkurs geltend machen, sondern haben hier

[1]) Ebenso Jäger K.O. § 14 Anm. 12.

lediglich die Stellung von Konkursgläubigern. — Hat ein Erstgläubiger an einem zur Masse des Zweitkonkurses gehörigen Gegenstand ein Absonderungsrecht erworben, z. B. durch freiwillige Verpfändung eines Gegenstandes seitens des Gemeinschuldners[1]) — erzwingen kann es ja der Gläubiger wegen § 14 nicht —, so kann der Gläubiger, sofern eine Anfechtung nicht möglich ist, im Erstkonkurs volle Befriedigung erlangen und ist nicht auf den Ausfall gemäß § 64 K.O. beschränkt (ebenso beim Gesellschafts- und Nachlaßkonkurs).

6. Geht der Zweitkonkurs vor dem Erstkonkurs zu Ende, so kann es fraglich sein, ob der Erstkonkurs jetzt wieder Universalkonkurs wird. Es kann dies vielleicht für die Rechtsstellung des Gemeinschuldners von Bedeutung werden. Erlangt er z. B. jetzt wieder das Wahlrecht zum Reichstag oder die Fähigkeit zum Schöffen- oder Geschworenenamt, obwohl der Erstkonkurs noch fortdauert, weil der Zweitkonkurs (Universalkonkurs) weggefallen ist? Besteht die Sonderkonkurseigenschaft des Erstkonkurses weiter, so könnte eine Rechtsbeschränkung des Gemeinschuldners in dem bezeichneten Sinn wegen der bekannten Streitfrage vielleicht fraglich erscheinen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Erstkonkurs nur im Verhältnis zum Zweitkonkurs als Sonderkonkurs zu betrachten ist und daß er für sich allein daher als Universalkonkurs fortbesteht. Die Rechtsbeschränkungen des Gemeinschuldners bleiben aufrecht erhalten, bis der Erstkonkurs auch aufgehoben ist.

VII. Zweifel entstehen ferner beim Konkurs der Ehefrau, wenn der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung besteht.[2]) Das Vermögen der Ehefrau besteht hier aus dem Vorbehaltsgut und dem eingebrachten Gut, welches der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes untersteht. Durch den Konkurs der Ehefrau geht nun das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes nicht verloren; es verbleibt ihm dieses Recht an dem konkursfreien, insbesondere von der

---

[1]) Analog R.G. J.W. 1908 S. 722 Nr. 24.

[2]) Vgl. zum Folgenden Jäger K.O. § 2 Anm. 32 ff; Quaatz in Kohler's Archiv Bd. 24 S. 30 f.; Planck-Unzner B.G.B. § 1411 Anm. 8; Kommentar von Reichsgerichtsräten § 1411 Anm. 2; Seuffert Konkursverfahren S. 87 f.; Petersen-Kleinfeller K.O. § 2 Anm. 6 u. 7; Hellmann Lehrbuch S. 127, 152, 153; Labes a. a. O. S. 118 u. 127; Fitting a. a. O.

Ehefrau erst nach Konkurseröffnung erworbenen Vermögen. Eine Einschränkung seiner Rechte tritt nur insofern ein, als sich der Ehemann die Befriedigung derjenigen Gläubiger, denen das eingebrachte Gut haftet, aus diesem Gut gefallen lassen muß. Die Ehefrau kann nämlich zwei Klassen von Gläubigern haben: Die sogenannten Vollgläubiger und die Vorbehaltsgutsgläubiger. Jene sind solche, die ihre Befriedigung sowohl aus dem eingebrachten Gut als auch aus dem Vorbehaltsgut und zwar nach ihrer freien Wahl suchen können, während die Vorbehaltsgutsgläubiger ausschließlich auf das Vorbehaltsgut angewiesen sind; die Letzteren sind erschöpfend in §§ 1412—1414 B.G.B. aufgezählt. Der Zweck dieser Trennung in zwei Gläubigerklassen ist der Schutz der ehemännlichen Rechte am eingebrachten Gut: das Recht der Nutznießung soll nicht durch willkürliche ohne Zustimmung des Mannes vorgenommenen Handlungen der Ehefrau, welche das eingebrachte Gut belasten würden, geschmälert werden. Ohne Rücksicht auf dieses Recht können daher lediglich die Vollgläubiger nach § 1411 B.G.B. Befriedigung aus dem Eingebrachten verlangen, während einer Befriedigung der Vorbehaltsgutsgläubiger aus dieser Vermögensmasse das ehemännliche Recht entgegensteht.

1. Sind nun *lediglich Vollgläubiger* vorhanden, so bildet im Fall eines Konkurses das eingebrachte Gut und das Vorbehaltsgut als einheitliche Masse das Befriedigungsobjekt. Um in diesem Fall Konkurs zu eröffnen, genügt infolgedessen nicht etwa der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des eingebrachten Gutes oder des Vorbehaltsgutes für sich allein. Die Zahlungsunfähigkeit muß sich hier auf das gesamte Vermögen der Ehefrau beziehen. Bedenken können hier insofern bestehen, als ja das eingebrachte Gut nach § 1373 B.G.B. sich im Besitz des Ehemannes befindet und der Konkursverwalter deshalb, wenn ihm der Ehemann das Eingebrachte nicht freiwillig überläßt, auf Herausgabe zu klagen gezwungen ist, da er sich eigenmächtig den Besitz nicht verschaffen darf.[1]) Eine Herausgabepflicht des Ehemannes besteht nun insoweit, als durch die Konkurseröffnung eine Einschränkung seiner Rechte erfolgt; eine solche tritt aber ein, soweit er sich die Befriedigung der Gläubiger aus dem eingebrachten Gut gefallen lassen muß. Erschöpften nun die Vollschulden das eingebrachte Gut, so besteht infolgedessen eine Herausgabepflicht

[1]) Vgl. R.G. Bd. 73 S. 239; Jäger a. a. O.

hinsichtlich der gesamten Vermögensmasse. Freilich ist dann dem Ehemann gegenüber der Nachweis zu führen, daß die angeblichen Vollgläubiger in der Tat berechtigt sind, aus dem eingebrachten Gut Befriedigung zu verlangen. Er hat somit hier die Möglichkeit, die eine oder andere Schuld als Vollschuld zu bestreiten, was er natürlich im Konkursverfahren selbst nicht tun kann; denn er ist nicht Gemeinschuldner und besitzt deshalb nicht das Recht des § 141 Abs. 2 K.O.; in den seltensten Fällen wird er aber wohl Gläubiger der Ehefrau sein, so daß er als solcher sein Widerspruchsrecht geltend machen könnte. Der Ehemann muß aber auf irgend eine Weise in die Lage versetzt werden, der Befriedigung des einen oder anderen Gläubigers aus dem eingebrachten Gut zu widersprechen; denn da ihm dieses Recht jedenfalls außerhalb des Konkurses zusteht, kann es ihm jetzt nicht plötzlich entzogen werden.[1]) Wenn er sich das Widerspruchsrecht daher wahren will, so kann er es nur bei der Herausgabe des eingebrachten Gutes an den Konkursverwalter in der Weise tun, daß die Herausgabe nur zur Befriedigung ganz bestimmter, im einzelnen näher aufgezählten Gläubiger erfolgt. Wenn nun die Vollschulden das eingebrachte Gut nicht erschöpfen — und das ist kein unmöglicher Fall, da Zahlungsunfähigkeit und nicht Ueberschuldung den Konkursgrund bildet —, so kann es sich fragen, ob das eingebrachte Gut ganz an den Konkursverwalter herauszugeben ist oder ob der Ehemann nur verpflichtet ist, die Mittel zu der Befriedigung zur Verfügung zu stellen. Das Reichsgericht a. a. O. läßt die Frage dahingestellt. Daß die Gläubiger in diesem Fall lediglich auf die Einzelvollstreckung angewiesen sind und daß demnach einzig und allein die Prävention entscheidet — wie offenbar Jäger annimmt, der eine Herausgabepflicht nur dann statuiert, wenn die Vollschulden das eingebrachte Gut aufzehren —, ist meines Erachtens deshalb nicht möglich, weil die Gläubiger doch ein Recht auf gemeinschaftliche Befriedigung aus dem Schuldnervermögen haben. Da aber dem Ehemann die Rechte am eingebrachten Gut nur insoweit beschränkt werden können, als es die Befriedigung der Vollgläubiger erfordert, glaube ich, daß er in diesem Fall nur die Mittel zur Befriedigung der das eingebrachte Gut nicht erschöpfenden Vollschulden herauszugeben hat, und nicht das gesamte eingebrachte Gut, um nachher den Ueberschuß zurückzuerhalten.

---

[1]) Reichsgericht a. a. O.

Wenn auch der Ehemann das eingebrachte Gut zur Befriedigung einer bestimmten Anzahl von Vollgläubigern herauszugeben hat, so ist damit noch nicht gesagt, daß diese Gläubiger alle wirklich ihre Befriedigung erhalten. Denn eine Garantie dafür besteht nur dann, wenn ein Verfahren eingeleitet worden ist. Freilich besteht nun nicht mehr die Möglichkeit, daß solche Gläubiger nur aus dem Vorbehaltsgut, nicht aber aus dem eingebrachten Gut befriedigt werden. Denn ein Recht, die Befriedigung gewisser Gläubiger aus dem eingebrachten Gut zu verhindern, hat nur der Ehemann, während der Konkursverwalter, die übrigen Gläubiger und die Ehefrau als Gemeinschuldnerin nur die Forderung als solche bestreiten können. Der infolge Ausübung des Bestreitungsrechts seitens des Konkursverwalters oder eines Gläubigers etwa sich ergebende Ueberschuß des Eingebrachten fällt an den Ehemann zurück.

2. Sind lediglich Vorbehaltsgutsgläubiger vorhanden, so können sie sich während der Dauer des gesetzlichen Güterstands aus dem eingebrachten Gut nicht befriedigen. Bricht nunmehr Konkurs der Ehefrau aus, wozu selbstverständlich dann bloß die Zahlungsunfähigkeit des Vorbehaltsguts erforderlich ist, so kann der Konkursverwalter die Herausgabe des eingebrachten Gutes vom Ehemann nicht verlangen, da eine Einschränkung seiner ehemännlichen Rechte nicht erfolgt ist.[1]) Es bildet daher lediglich das Vorbehaltsgut die Konkursmasse. — Von Jäger[2]), Fitting[3]), und Labes[4]) wird dieser Konkurs als Sonderkonkurs bezeichnet, da sowohl das objektive wie das subjektive Erfordernis eines solchen gewahrt sei[5]); denn die Masse werde nur von einem Teil des gemeinschuldnerischen Vermögens gebildet; auch sei der Kreis der teilnehmenden Gläubiger ein begrenzter. Schon dieser letztere Grund muß aber zu Bedenken Anlaß geben. Denn der Kreis ist in diesem Fall in Wirklichkeit kein begrenzter; es sind ja alle Gläubiger der Ehefrau, die nur die Eigentümlichkeit besitzen, einen Vermögensteil der Ehefrau wegen des Rechtes eines

[1]) Jäger a. a. O. Anm. 34.

[2]) a. a. O.

[3]) a. a. O. S. 42.

[4]) a. a. O. S. 118/119.

[5]) Seuffert Konkursprozeß S. 87 und Planck-Unzner a. a. O. geben die Möglichkeit dieses Konkursverfahrens zu, ohne ihn aber als Sonderkonkurs zu bezeichnen, während Hellmann a. a. O. die Sonderkonkurseigenschaft ohne Gründe bestreitet.

Dritten nicht angreifen zu dürfen. Man kann also nicht von einem begrenzten Gläubigerkreis sprechen. Nach jenen Schriftstellern ist vielmehr die Sonderklasse nur eine tatsächliche, nicht eine rechtliche; denn es wird zu Grunde gelegt, daß zufälligerweise nur Vorbehaltsgutsgläubiger vorhanden sind. Tatsächlich nehmen aber an diesem Verfahren alle Gläubiger, die Gesamtheit, teil. Dazu kommt, daß den Vorbehaltsgutsgläubigern nicht etwa ein Vorausrecht an dem Vorbehaltsgut zusteht, auf Grund dessen die Bezeichnung „Sonderkonkurs" gerechtfertigt erscheinen könnte. Gerade dadurch unterscheidet sich dieser Konkurs z. B. vom Nachlaßkonkurs, wo ja auch der Fall eintreten kann, daß nur Nachlaßgläubiger und keine Erbengläubiger vorhanden sind und daß die Nachlaßgläubiger infolge der beschränkten Haftung des Erben bloß auf den Nachlaß angewiesen sind. In diesem Fall ist ja die Konkurrenz von Erbengläubigern tatsächlich nicht zu fürchten. Wären aber solche doch vorhanden, so hätten die Nachlaßgläubiger ein Vorausrecht; anders die Vorbehaltsgutsgläubiger, die bei Vorhandensein von Vollgläubigern deren Konkurrenz zu dulden hätten. Wenn demnach die subjektive Voraussetzung des Sonderkonkurses fehlt, so glaube ich, daß auch schon in Beziehung auf die objektive Voraussetzung der Begrenztheit der Masse gegen die Ansicht Jägers Bedenken bestehen. Die Vorbehaltsgutsgläubiger können sich ja während der Dauer des gesetzlichen Güterstandes aus dem eingebrachten Gut nicht befriedigen. Sie sind also nicht in der Lage, Zwangsvollstreckung in diese Vermögensmasse zu betreiben. Ihnen gegenüber unterliegt daher das eingebrachte Gut in der bezeichneten Zeit nicht der Zwangsvollstreckung.[1]) Wohl ist es richtig, daß es auf die Pfändbarkeit in abstracto und nicht in concreto ankommt[2]); dies kann sich aber doch nur auf einzelne Gegenstände beziehen. Die Masse des eingebrachten Gutes bildet aber während der Dauer des gesetzlichen Güterstandes einen für die Vorbehaltsgutsgläubiger unangreifbaren, also der Zwangsvollstreckung nicht unterliegenden Vermögensteil des Schuldners. Das Konkursverfahren umfaßt also das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners, § 1 K.O. — Universalkonkurs.

3. Sind Vollgläubiger und Vorbehaltsgutsgläubiger vorhanden, so haben wir die Eigen-

[1]) Vgl. Seuffert Deutsche Juristen-Zeitung 1898 S. 119/120.
[2]) Hellmann Lehrbuch S. 135.

tümlichkeit, daß infolge des Rechtes eines Dritten nur gewisse Gläubiger aus einem Vermögensteil Befriedigung erlangen können, während aus dem anderen Vermögensteil alle Gläubiger der Ehefrau sich zu befriedigen berechtigt sind. Hinsichtlich der Gestaltung der Verhältnisse in diesem Fall ist eine lebhafte Streitfrage entstanden, auf welche hier kurz einzugehen ist.

Noch vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde von zwei Seiten[1]) der Vorschlag gemacht, in diesem Fall zwei besondere Konkurse über das eingebrachte Gut und das Vorbehaltsgut zu eröffnen, aus denen dann ja die betreffenden Gläubiger, im Vorbehaltsgutskonkurs die Vollgläubiger nur mit dem im anderen Verfahren erlittenen Ausfall, zu befriedigen seien. Der Planck'sche Vorschlag wurde in der Kommission für die Revision der Konkursordnung vorbehalten. Bei der Beratung der Konkursnovelle wurde aber eine gesetzliche Regelung der in Betracht kommenden Fragen abgelehnt, weil es praktisch selten vorkomme und dann die vorhandenen Gesetzesbestimmungen ausreichen würden, eine befriedigende Lösung zu finden. Im übrigen hatte sich die Kommission auf den Standpunkt gestellt, daß ein einheitliches Konkursverfahren stattzufinden habe mit Bildung zweier Massen, aus deren einer, nämlich dem eingebrachten Gut, die Vollgläubiger allein, aus der anderen aber die Vollgläubiger mit den Vorbehaltsgutsgläubigern zu befriedigen seien. — Trotz der Ablehnung jener Vorschläge hatten sich nach Inkrafttreten der neuen Gesetze Jäger[2]) (in der alten Auflage) und K. Meyer[3]) auf den Standpunkt gestellt, daß zwei besondere Konkurse zu eröffnen seien und daß sich dies mit dem bestehenden Rechtszustand vereinbaren lasse. Nun ist allerdings soviel sicher, daß die Ablehnung der Normierung zweier besonderer Konkurse seitens der Kommission kein Argument gegen die frühere Ansicht Jägers und Meyers bildet. Die Polemik von Quaatz[4]) erscheint daher in diesem Punkt ungerechtfertigt. Wollte man die Möglichkeit zweier Konkurse annehmen, so müßte der Konkurs über das eingebrachte Gut ohne Zweifel als Sonderkonkurs bezeichnet werden; denn auf der objektiven wie auch auf der subjektiven Seite wäre

[1]) Planck Vorentwurf zum B.G.B.; Seuffert a. a. O.

[2]) K.O. 1. Aufl. § 2.

[3]) K.O. § 2 und Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung Bd. 64 S. 69.

[4]) a. a. O. S. 45.

eine Sonderung eingetreten; man hätte also einen Sonderkonkurs über das eingebrachte Gut.[1]) Nun sprechen aber gegen die Zulässigkeit eines Konkurses in das eingebrachte Gut ganz erhebliche Momente. Denn diese Sonderung würde einmal nicht in einem Anspruch der Gläubiger wurzeln, so daß etwa die Vollgläubiger den Antrag auf Eröffnung des Sonderkonkurses stellen könnten. Die Ursache der Sonderung wäre vielmehr die Geltendmachung des Rechts eines Dritten, nämlich des Ehemanns, daß nur gewisse Gläubiger aus dem eingebrachten Gut Befriedigung erlangen. Würde der Ehemann auf die Geltendmachung dieses Rechts verzichten, so hätten die Vollgläubiger kein Mittel, um durchzusetzen, daß nur sie aus dem eingebrachten Gut vorweg befriedigt würden, m. a. W., die Vollgläubiger haben gegenüber den Vorbehaltsgutsgläubigern kein Recht, aus dem eingebrachten Gut vorweg befriedigt zu werden. Macht der Ehemann seine Rechte daher nicht geltend, so bildet eingebrachtes Gut und Vorbehaltsgut eine einheitliche Masse, aus welcher Vollgläubiger und Vorbehaltsgutsgläubiger ohne Unterschied gleichmäßig befriedigt werden. Verzichtet er aber auf seine ehemännlichen Rechte nicht, so erlangen dadurch nicht etwa die Vollgläubiger gegenüber den Vorbehaltsgutsgläubigern einen Anspruch auf Vorausbefriedigung. Vielmehr geht nur der Anspruch des Mannes dahin, daß aus dem eingebrachten Gut allein Vollgläubiger befriedigt werden. Nun will Jäger[2]) (in der neuen Auflage) und mit ihm Ullmann[3]) unterscheiden, ob das eingebrachte Gut von den Vollschulden aufgezehrt wird oder nicht. Im letzteren Fall sei der Ehemann nicht verpflichtet, an den Konkursverwalter das eingebrachte Gut herauszugeben; die Vollgläubiger seien daher darauf angewiesen, die Einzelvollstreckung in das eingebrachte Gut zu betreiben. Würde aber das eingebrachte Gut von den Vollschulden ganz aufgezehrt, so zessiere das Recht des Ehemanns am Eingebrachten, d. h. es brauche nunmehr nicht berücksichtigt zu werden. Das eingebrachte Gut falle daher in die Konkursmasse und Vollgläubiger und Vorbehaltsgutsgläubiger werden einheitlich und gleichmäßig aus der Masse befriedigt. Wenn also m. a. W. das eingebrachte Gut von den Vollschulden erschöpft werde, so werde es ebenso behandelt, wie wenn der Ehemann auf seine ehemännlichen Rechte am

[1]) So auch anscheinend Fitting Lehrbuch S. 42.
[2]) Jäger neue Aufl. K.O. § 2 Anm. 36.
[3]) Gesetzliches eheliches Güterrecht (1901) S. 130 ff.

Eingebrachten verzichtet hätte. Es ist durchaus zu billigen, wenn Jäger jetzt die Möglichkeit eines Sonderkonkurses über das eingebrachte Gut verneint, da den Vollgläubigern ein Vorausrecht nicht zukommt. Aber die jetzige Ansicht Jägers gibt doch auch zu nicht unerheblichen Bedenken Anlaß. Schon aus reinen Billigkeitserwägungen muß es abgelehnt werden, den Verzicht des Ehemanns auf Geltendmachung seiner Rechte dem Fall gleichzustellen, wo die Vollschulden das eingebrachte Gut vollständig aufzehren. Denn es ist doch zu beachten, daß der gesetzliche Güterstand durch den Konkurs der Ehefrau nicht beendigt wird und daß die ehemännlichen Rechte der Verwaltung und Nutznießung an dem konkursfreien, insbesondere neuerworbenen Vermögen der Ehefrau weiterbestehen. Da der Ehemann bloß zu dulden braucht, daß die Vollgläubiger sich aus dem eingebrachten Gut befriedigen, so kann es ihm unter Umständen nicht gleichgültig sein, daß an der Befriedigung aus dem eingebrachten Gut auch die Vorbehaltsgutsgläubiger teilnehmen, obwohl das eingebrachte Gut durch die Vollschulden erschöpft wird und ihm daher nichts mehr übrig bleibt. Denn es kann ja im konkreten Fall eine weit größere Summe Vorbehaltsgutsgläubiger vorhanden sein, so daß durch die gleichmäßige Befriedigung der Voll- und Vorbehaltsgutsgläubiger aus der zusammengesetzten einheitlichen Masse eine prozentual geringere Befriedigungsquote sich für die Vollgläubiger ergibt, als wenn sie aus dem eingebrachten Gut allein befriedigt würden. Daß ein solches Ergebnis aber keineswegs im Interesse des Ehemanns liegt, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß nach Beendigung des Konkurses die Vollgläubiger sich wegen ihrer Restbetragsforderung ungehindert an das eingebrachte Gut, das die Ehefrau in der Zwischenzeit, z. B. durch Erbschaft, erworben hatte, halten können. Dadurch können aber die Rechte des Ehemanns insbesondere auf Nutznießung erheblicher geschmälert werden als dies dann der Fall wäre, wenn die Vollgläubiger aus dem eingebrachten Gut allein eine höhere Befriedigungsquote erhalten hätten. Ein solches Resultat kann aber unmöglich vom Gesetz gewollt sein; denn eine Einschränkung der ehemännlichen Rechte kann gemäß § 1411 B.G.B. nur insoweit erfolgen, als die Vollgläubiger Befriedigung verlangen können. Von einem Zessieren der ehemännlichen Rechte und damit von der gleichmäßigen Befriedigung der beiden Gläubigergruppen aus der einheitlichen Masse kann daher keine Rede sein. — Wenn andererseits aber Jäger ein Zessieren der Rechte des Ehe-

manns nicht annimmt und die Vollgläubiger auf den Weg der Einzelvollstreckung in das nicht zur Konkursmasse gezogene eingebrachte Gut verweist, falls die Vollschulden diese Masse nicht erschöpfen, so steht dem entgegen, daß eine Einzelvollstreckung wegen § 14 K.O. während der Dauer des Konkurses ausgeschlossen ist; denn die Vollgläubiger sind Konkursgläubiger im Konkurs der Ehefrau, da sie sich auch aus dem Vorbehaltsgut befriedigen können. Bei Verneinung hätten die Vollgläubiger aber keine Mittel, zu verhindern, daß der Ehemann das eingebrachte Gut schmälert und dadurch ihre vollständige dereinstige Befriedigung vereitelt.[1]) Es kann daher der Ansicht Jägers nicht beigepflichtet werden.[2]) Vielmehr sind, wie die herrschende Meinung mit Recht annimmt, *zwei Massen zu bilden, aus denen dann in dem einheitlichen Konkurs die Befriedigung der entsprechenden Gläubiger erfolgt.*[3])

VIII. Bestand unter den Ehegatten ein *Güterstand der ehelichen Gütergemeinschaft*, so war es früher streitig, ob über die gütergemeinschaftliche Masse ein besonderer Konkurs eröffnet werden könnte. Die herrschende Meinung[4]), insbesondere auch die Praxis, bejahte die Statthaftigkeit eines solchen Sonderkonkurses und zog auch daraus[5]), namentlich aus dem Vorhandensein zweier Kridare, die notwendigen Konsequenzen, insbesondere also daß auch der Ehefrau die Gemeinschuldnerrechte zukommen, von denen dann vor allem das Bestreitungsrecht eine wichtige Rolle spielte. Die Gegenmeinung[6]), welche einen besonderen Konkurs nicht zulassen wollte, stützte sich darauf, daß mehrere Kridare in einem Konkurs ein Unding seien. Daß das letztere Argument unzutreffend war, ergibt sich aber wohl schon aus der Zulässigkeit eines Gesellschafts- und eines Nachlaßkonkurses bei Erbenmehrheit.[7]) Infolge der eingehenden Regelung der herrschenden Güterstände im

---

[1]) Ueber die Herausgabepflicht des Ehemanns s. oben.

[2]) Gegen Jäger auch Labes a. a. O.

[3]) S. § 3 B IV a. E. der Arbeit.

[4]) Kohler Lehrbuch S. 69 f.; besonders Seuffert Blätter für Rechtsanwendung Bd. 58 S. 81 f. und 97 f.

[5]) Vor allem Seuffert a. a. O.

[6]) Oetker Grundbegriffe Bd. 1 S. 74; Petersen-Kleinfeller K.O. § 102 Anm. 3.

[7]) Vgl. Jäger K.O. § 2 Anm. 4; insbesondere aber auch oben § 4 III.

Bürgerlichen Gesetzbuch war es auch notwendig, in der Konkursordnung dem Bestehen solcher Güterstände Rechnung zu tragen. Mit Rücksicht auf § 1459 B.G.B. bestimmt daher § 2 K.O., daß das Gesamtgut bei den Gütergemeinschaften des bürgerlichen Gesetzbuches beim Konkurs des Ehemanns zur Konkursmasse gehört, während es durch den Konkurs der Ehefrau nicht berührt wird. Diese Bestimmungen gelten dann, wenn der Konkurs eines Ehegatten während Bestehens des betreffenden Güterstands ausbricht. Damit ist aber zugleich ausgesprochen, daß ein Sonderkonkurs über die Masse des Gesamtguts in der bezeichneten Zeit ausgeschlossen ist.[1]) Insbesondere ist auch die Bedürfnisfrage, die ja einzig und allein mit Rücksicht auf das etwaige Interesse der Gesamtgutsgläubiger aufgeworfen werden könnte, entschieden zu verneinen; denn der Mann haftet ja für alle Gesamtgutsverbindlichkeiten, auch für diejenigen der Frau persönlich, so daß jeder Gesamtgutsgläubiger im Konkurs des Ehemanns als Konkursgläubiger auftreten kann.

Dadurch ist freilich noch nicht ausgeschlossen, daß ein Sonderkonkurs über die gütergemeinschaftliche Vermögensmasse gelegentlich doch noch in Frage kommen kann, nämlich in allen denjenigen Fällen der Gütergemeinschaft, in denen der betreffende Güterstand vor 1900 bestand. Denn § 2 K.O. bezieht sich lediglich auf die allgemeine Gütergemeinschaft, die Errungenschaftsgemeinschaft und die Fahrnisgemeinschaft nach neuem Recht. Nach Art. 200 E.G. z. B.G.B. bleibt aber für die zur Zeit des Inkrafttretens des bürgerlichen Gesetzbuches bestehenden Ehen das bisherige Recht maßgebend. Dementsprechend bleiben auch für solche Verhältnisse nach Art. VI Satz 1 Einführungsgesetz zu dem Gesetze betr. Aenderung der Konkursordnung vom 17. Mai 1898 die Vorschriften des bisherigen Konkursrechts maßgebend. Freilich kann die Landesgesetzgebung bestimmen, daß auf solche Rechtsverhältnisse die Vorschriften des neuen Konkursrechts anzuwenden seien. Von diesem Recht haben in der Tat auch die meisten Einzelstaaten Gebrauch gemacht und insbesondere den § 2 K.O. auf den Güterstand altrechtlicher Ehen für anwendbar erklärt.[2]) In Württemberg jedoch ist eine solche Ueberleitung nicht erfolgt; es gelten daher hier

[1]) Ebenso Hagenguth a. a. O. S. 61.

[2]) So z. B. Preußen Art. 59 § 8 A.G. z. B.G.B.; Bayern Art. 24 A.G. z. B.G.B.; Sachsen § 18 A.G. z. B.G.B.

die bisherigen konkursrechtlichen Vorschriften weiter. Bestand nun der Güterstand der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft, so hat unter den Ehegatten eine Auseinandersetzung stattzufinden. Es besteht nun bei dem Güterstand der württembergischen allgemeinen Gütergemeinschaft eine gemeinsame Haftungsmasse, nämlich das Gemeinschaftsvermögen, und die Subjekte dieses Vermögens, der Ehemann und die Ehefrau, haften nach außen jedes zugleich auch für die Schulden des anderen. Daß es im internen Verhältnis Gemeinschafts- und Sonderschulden gibt, ist unerheblich, da nach außen eine unbeschränkte Haftung der Ehegatten besteht. Daß nun ein Gantverfahren sich hier gegen beide Ehegatten, die ja in einer Rechtseinheit stehen, richtet, hat Boscher schon im württembergischen Archiv Band X S. 360 ausgesprochen. Ein solcher Konkurs ist aber keineswegs ein Sonderkonkurs. Denn wie sich ja aus den bisherigen Ausführungen ergibt, tritt weder auf der Aktiv- noch auf der Passivseite eine Sonderung ein. Das Konkursverfahren ist objektiv und subjektiv universal. Die Besonderheit besteht hier eben darin, daß zwei Gemeinschuldner in diesem einen Verfahren vorhanden sind. Boscher a. a. O. scheint diese Konsequenz nicht ziehen zu wollen, da er den Ehemann als das Haupt und den Repräsentanten des eine ungetrennte Masse bildenden beiderseitigen Vermögens bezeichnet und damit im Zusammenhang mit dem Konkursverfahren wohl zum Ausdruck bringen wollte, daß er den Ehemann als den alleinigen Gemeinschuldner betrachtet. Ich glaube aber, daß es eine unbillige Härte wäre, wenn man nicht auch der Ehefrau die Stellung eines Gemeinschuldners zugute kommen lassen wollte. Freilich erleidet sie dadurch auch Rechtsbeschränkungen und muß gewissen Verpflichtungen sich unterwerfen. Sie hat aber dann doch auch die Rechte eines Gemeinschuldners; diese glaube ich ihr insbesondere deshalb zukommen lassen zu müssen, weil sie auch persönlich für alle Schulden haftet. Ist sie auch Gemeinschuldnerin in diesem Konkurs, so hat sie insbesondere das Recht, eine Forderung im Prüfungstermin zu bestreiten und vermag dadurch der Forderungsfeststellung in der Tabelle die Wirkung auf ihr späteres Vermögen zu versagen.[1])

IX. Ist der Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft mit Wirksamkeit gegen Dritte aufgehoben

[1]) Vgl. dazu Seuffert a. a. O.

(§ 1435 B.G.B.), so ist § 2 K.O. auf das noch nicht geteilte Gesamtgut unanwendbar. Das ergibt sich zunächst schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung („bei"), dann aber auch aus der Erwägung, daß ja sonst die nach Beendigung des Güterstandes in der Person des Ehemannes entstandenen Verbindlichkeiten jetzt mit den Gesamtgutsverbindlichkeiten konkurrieren würden, so daß das Interesse der Gesamtgutsgläubiger unter Umständen erheblich geschädigt werden könnte. Daß auch die Gesetzgeber den § 2 auf diese Fälle nicht anwenden wollten, ergibt sich aber aus den Motiven der Konkursnovelle (S. 25), wo es für selbstverständlich erklärt wird, daß der Konkurs des Mannes oder der Frau nach Aufhebung des Güterstandes und vor Auseinandersetzung den Anteil des Gemeinschuldners am Gesamtgut ergreife; die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtgutes finde außerhalb des Konkursverfahrens statt. Demgegenüber haben nun Jäger[1]) und Seuffert[2]) die Ansicht aufgestellt, daß über das ungeteilte Gesamtgut nach Aufhebung der Gütergemeinschaft ein besonderer Konkurs stattfinden könne. Seuffert begründet dies damit, daß in diesem Fall die Gesamtgutsgläubiger Befriedigung aus dem Gesamtgut vor den anderen Gläubigern des Ehegatten verlangen können (arg § 1475 B.G.B.). Jäger führt in erster Linie Billigkeitserwägungen an und betont, daß die Auseinandersetzung hinsichtlich des Gesamtguts ja außerhalb des Konkurses stattfinde und daß infolge des rein privaten Charakters dieser Auseinandersetzung in diesem Verfahren das Prinzip der Prävention und nicht die par condicio des Konkurses gelte. Vor der Aufhebung der Gemeinschaft konnten die Gesamtgutsgläubiger durch den Konkurs des Mannes das Konkursprinzip verwirklichen; dieses Recht könne ihnen nicht einfach durch die Aufhebung der Gütergemeinschaft genommen werden. Der § 1480 B.G.B. gewähre den Gesamtgutsgläubigern nicht hinreichend Schutz, da ja bei der Auseinandersetzung eine Befriedigung der Gläubiger in der Reihenfolge erfolgen könne, in der sie sich melden, und demnach bei Unzulänglichkeit des Gesamtgutes die zuletzt kommenden Gläubiger keine volle Befriedigung mehr erhalten würden. Ferner sei zu beachten, daß im Konkurs eines Ehegatten die Gesamtgutsgläubiger auch bezüglich der zur Masse geflossenen Gesamtgutswerte die Konkurrenz der anderen Gläubiger zu dulden haben; außerdem könne

[1]) K.O. § 2 Anm. 19 ff.

[2]) Konkursprozeßrecht S. 71; ebenso Hagenguth a. a. O. S. 62.

bei Unzulänglichkeit des Gesamtgutes der Konkurs gegen den betreffenden Ehegatten gar nicht eröffnet werden, wenn er nicht auch noch ein Sondergut besitze. Besonders mißlich sei die Lage derjenigen Gesamtgutsgläubiger, denen nach § 1475 Absatz 2 B.G.B. die Zahlung aus dem Gesamtgut verweigert werden könne. — Neben diesen wohl zu beachtenden Billigkeitserwägungen, die die Zulassung eines selbständigen Konkurses durchaus wünschenswert und notwendig erscheinen lassen, liegt aber nach Jäger auch die begriffliche Voraussetzung eines Sonderkonkurses vor; denn zum Zugriff auf das ungeteilte Gesamtgut seien kraft Gesetzes ausschließlich die Gesamtgutsgläubiger berechtigt (§§ 743, 744, 745 Absatz 2 C.P.O.). Zwar könnten auch Einzelgläubiger gemäß § 860 Absatz 2 C.P.O. den Anteil ihres Schuldners am Gesamtgut pfänden; aber ihnen komme nur der reine Wert des Anteils zustatten.

Die herrschende Meinung hat diese Gründe nicht anerkannt und verneint die Statthaftigkeit eines solchen Sonderkonkurses. Die von Jäger geltend gemachten Billigkeitsrücksichten hält z. B. Hellmann[1]) für gar nicht stichhaltig, da sie ebensogut für die Statthaftigkeit des Konkurses der bürgerlichen Gesellschaft verwertet werden könnten; übrigens sei auch die Ansicht Jägers, die Gesamtgutsgläubiger seien durch § 1480 B.G.B. weniger geschützt, wenn man den Sonderkonkurs ablehne, unzutreffend. — Labes[2]) wendet sich insbesondere gegen das von Jäger behauptete Vorliegen der begrifflichen Voraussetzung eines Sonderkonkurses; denn mit der Beendigung der Gütergemeinschaft habe sich die Rechtslage geändert; das Gesamtgut dürfe nicht mehr als ungeteilt bezeichnet werden, weil die Teilung noch nicht ausgeführt sei, und die Zulässigkeit des Sonderkonkurses sei nach dem Zeitpunkt der Eröffnung zu beurteilen. Im übrigen enthalte § 236 K.O., der den Sonderkonkurs bei bestehender fortgesetzter Gütergemeinschaft zulasse, ein nicht zu beseitigendes argumentum e contrario gegen die Zulässigkeit des bezeichneten Sonderkonkurses.[3])

---

[1]) Lehrbuch S. 127.

[2]) a. a. O. S. 121.

[3]) Im übrigen ebenfalls verneinend Sarwey-Bossert § 2 Anm. 1 a. E. (ohne Gründe); Wolff K.O. § 2 Anm. 5; Petersen-Kleinfeller K.O. § 16 Anm. 1; Planck-Unzner B.G.B. § 1472 Anm. 9; Opet-Blume Familienrecht § 1472; Schmidt B.G.B § 1472; Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 332 Anm. 8, der unrichtigerweise behauptet, daß Seuffert schon während bestehender Gemeinschaft einen Gesamtgutskonkurs zulassen wolle; vgl. dagegen Seuffert a. a. O. S. 71 Anm. 10.

Was zunächst die von Jäger angeführten Billigkeitsgründe anbelangt, so glaube ich allerdings, daß insoweit den Ausführungen Jägers entschieden zuzustimmen ist. Die Lage der Gesamtgutsgläubiger wird sicherlich durch die Aufhebung der Gütergemeinschaft eine wesentlich schlechtere, zumal da sie keine Mittel haben, die Aufhebung zu verhindern. Wenn Hellmann dem entgegenhält, daß dieselben Gründe auch für die bürgerliche Gesellschaft verwendbar seien, so ist dies nicht richtig. Denn die Gesellschaftsgläubiger haben nach wie vor der Auflösung der Gesellschaft dieselbe Rechtsstellung in Ansehung des Gesellschaftsvermögens; das Gesellschaftsvermögen fällt ja nicht als Ganzes in die Konkursmasse eines Gesellschafters. Die Stellung der Gesamtgutsgläubiger verschlechtert sich aber dadurch erheblicher, daß sie nun nicht mehr die ausschließliche Verwendung des Gesamtgutes zu ihren Gunsten herbeiführen können. Auch die Bemerkung Hellmanns bezüglich § 1480 B.G.B. muß als verfehlt bezeichnet werden; denn Jäger will hier sagen, daß durch diese Bestimmung eine infolge der Aufhebung der Gütergemeinschaft eintretende Verschlechterung der Lage der Gesamtgutsgläubiger nicht verhindert wird, wie es vielleicht prima facie den Anschein haben könnte. Dies ist auch zweifellos der Fall, wenn man in Betracht zieht, daß bei der Auseinandersetzung ja das Konkursprinzip keine Anwendung findet. — Aber auch die von Labes gegen die Billigkeitserwägungen angeführten Argumente sind nicht stichhaltig. Zwar ist es richtig, daß das Gesetz die Gläubiger nicht schlechthin gegen Benachteiligungen durch eine Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners schützt. Aber in unserem Fall wird doch gewissermaßen den Gläubigern ein Recht, das sie vor Aufhebung der Gütergemeinschaft hatten, genommen, nämlich das Recht, daß das Gesamtgut ausschließlich zu ihrer Befriedigung verwendet werde. Man kann also nicht von einer bloßen Benachteiligung infolge Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners sprechen, sondern es handelt sich wohl sogar um Entziehung eines Gläubigerrechts. Wenn es demnach allerdings ein dringendes Bedürfnis ist,[1]) nach Aufhebung der Gütergemeinschaft und vor beendeter Auseinandersetzung durch Zulassung eines Gesamtgutskonkurses das Interesse der Gesamtgutsgläubiger zu schützen, so glaube ich doch, daß die begrifflichen Voraussetzungen eines Sonderkonkurses hier nicht vorliegen dürften. Gegenüber dem Ar-

[1]) Ebenso Planck-Unzner a. a. O.

gument Seufferts ist zunächst darauf hinzuweisen, daß § 1475 B.G.B. den Gesamtgutsgläubigern nicht das Recht einräumt, vor den anderen Gläubigern Befriedigung aus dem Gesamtgut zu verlangen. Denn wie § 733, so statuiert auch § 1475 lediglich eine beim Auseinandersetzungsverfahren zu beachtende gegenseitige Verpflichtung der Teilhaber, also der Ehegatten, die auf der gemeinschaftlichen Vermögensmasse ruhenden Verbindlichkeiten zuerst zu berichtigen. Ein Vorrecht gewährt diese Bestimmung den Gesamtgutsgläubigern aber nicht. Aber auch die Argumente Jägers sind nicht zutreffend. Zwar glaube ich nicht, daß der Ton, wie Labes meint, auf das ungeteilte Gesamtgut zu legen ist; denn was noch nicht auseinandergesetzt ist, kann tatsächlich auch noch nicht als geteilt angesehen werden. Wenn alsdann hervorgehoben wird, § 236 K.O. enthalte ein nicht zu beseitigendes argumentum e contrario gegen die Zulässigkeit eines Sonderkonkurses, so könnte aus dieser Bestimmung ebensogut das Gegenteil entnommen werden; denn § 236 sagt nur, daß die Bestimmungen über den Nachlaßkonkurs auf den Konkurs über das Gesamtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft Anwendung finden. Meines Erachtens bestehen die Bedenken darin, daß den Gesamtgutsgläubigern nicht ein ausschließliches, ja nicht einmal ein Vorausrecht auf das noch ungeteilte Gesamtgut zusteht. Es ist ja richtig, daß ein persönlicher Gläubiger eines Gemeinschafters nur den Anteil desselben am Gesamtgut pfänden lassen kann und daß dieser Anteil in dem reinen Wert, der sich nach Bezahlung der Gesamtgutsverbindlichkeiten ergibt, besteht. Der wahre Grund aber, weshalb ein Gläubiger eines Gemeinschafters in das noch ungeteilte Gesamtgut nicht vollstrecken kann, ist nicht etwa der, daß den Gesamtgutsgläubigern ein ausschließliches Recht am Gesamtgut zusteht, sondern der, daß es sich hier um gesamthänderisches Vermögen handelt; in Gemeinschaftsgegenstände kann aber vom Gläubiger eines einzelnen nicht vollstreckt werden, da jedem Anteilsberechtigten ein ideeller Anteil an jedem Gemeinschaftsgegenstand zukommt. Es kann daher nicht davon die Rede sein, daß gegenüber solchen Gläubigern eines Anteilsberechtigten den Gesamtgutsgläubigern ein Vorrecht auf das Gesamtgut zusteht. Denn dies wäre lediglich die Reflexwirkung der aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Unmöglichkeit für diese Einzelgläubiger, in das Gemeinschaftsvermögen Vollstreckung zu betreiben. Analog wie hier liegen die Verhältnisse bei der Gesellschaft des bür-

gerlichen Rechts; ein Einzelgläubiger kann hier auch lediglich den Anteil pfänden, da ihm ein Angriff auf das gemeinschaftliche Vermögen verwehrt ist. Die Gesellschaftsgläubiger sind aber nicht die einzigen, die aus dem Gesellschaftsvermögen direkt ihre Befriedigung suchen können.[1]) Entsprechend ergibt sich aus § 743 C.P.O. mit aller Deutlichkeit, daß nicht nur Gesamtgutsgläubiger in das noch ungeteilte Gesamtgut vollstrecken können. Denn zur Zwangsvollstreckung in diese Vermögensmasse ist lediglich erforderlich, daß beide Ehegatten zur Leistung, bezw. der eine Ehegatte zur Leistung, der andere zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt sind. Aus einem solchen Vollstreckungstitel ist es aber nicht ersichtlich, ob es sich um eine Gesamtgutsverbindlichkeit handelt. Sind also nach Aufhebung der Gütergemeinschaft die beiden Ehegatten unter gesamtschuldnerischer Haftung einem anderen etwas schuldig geworden und werden sie aus dieser Verbindlichkeit als Gesamtschuldner verurteilt, so ist es zunächst außer Zweifel, daß dies keine Gesamtgutsverbindlichkeit ist; und doch steht der Vollstreckung in das ungeteilte Gesamtgut gemäß § 743 C.P.O. kein Hindernis im Wege.[2]) Die Gesamtgutsgläubiger können eine solche Vollstreckung nicht verhindern. Es verhält sich also genau so wie bei der bürgerlichen Gesellschaft, während zur Vollstreckung in das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft ein gegen die offene Handelsgesellschaft gerichteter Titel notwendig ist. — Daraus ergibt sich, daß die Gesamtgutsgläubiger vor solchen Gläubigern, denen die Ehegatten als Gesamtschuldner haften, — nur solche kommen nach dem Ausgeführten als Konkurrenten in Betracht — nicht bevorzugt sind. Ein Sonderkonkurs ist daher begrifflich ausgeschlossen.[3]) Trotzdem ist es de lege ferenda ein dringendes Bedürfnis, die Gesamtgutsgläubiger durch Zulassung eines Konkurses über das noch ungeteilte Gesamtgut zu schützen. Es dürfte daher in erster Linie eine Aenderung des § 743 C.P.O. am Platze sein.

X. Von Jäger[4]) wird ferner ein Sonderkonkurs über das mit einem Nießbrauch belastete Vermögen zu Gunsten derjenigen Gläubiger des Bestellers zugelassen, welche schon vor der Be-

[1]) Vgl. hierzu insbesondere oben II.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein C.P.O. § 743 Anm. 1.

[3]) Anders namentlich Hagenguth a. a. O. S. 62.

[4]) K.O. § 1 Anm. 41.

stellung einen Anspruch gegen ihn erworben hatten. Diese Gläubiger können nach § 1086 B.G.B. aus den Nießbrauchsgegenständen Befriedigung verlangen, ohne das Recht des Nießbrauchers beachten zu müssen. Im Konkurs des Nießbrauchers bedürften aber jene Gläubiger dieses Schutzes am dringendsten, da ihnen ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht zustehe (§ 4 Absatz 1 vergl. §§ 47 ff. K.O.). Dagegen macht namentlich Hellmann[1]) geltend, daß bei Insolvenz des Bestellers gar kein Grund erfindlich sei, weshalb nicht sein ganzes Vermögen Gegenstand des Konkurses sein sollte, sondern bloß das mit dem Nießbrauch belastete, das sei aber Universalkonkurs; außerdem stehe aber den Gläubigern des Bestellers an den Gegenständen des belasteten Vermögens zwar kein Absonderungsrecht, aber ein Aussonderungsrecht auf Grund des § 1087 B.G.B. zu. Auch Labes[2]) schreibt, wenn es auch zum Konkurs des Bestellers gekommen ist, dem Konkursverwalter ein Aussonderungsrecht an den zu dem belasteten Vermögen gehörigen Gegenständen im Konkurs des Nießbrauchers zu. Sei der Besteller jedoch nicht in Konkurs geraten, so können die Gläubiger, deren Ansprüche vor der Bestellung vorhanden waren, ungehindert Zwangsvollstreckung in das Vermögen betreiben; denn § 14 K.O. stehe ihnen nicht entgegen. — Meines Erachtens ist davon auszugehen, daß das Recht des Nießbrauchers eine dem ehemännlichen Nutznießungsrecht analoge Erscheinung darstellt.[3]) Demnach haben diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche schon vor der Bestellung entstanden waren, gegenüber denjenigen Gläubigern, denen der Besteller erst nachher etwas schuldig geworden ist, kein Vorausrecht auf das belastete Vermögen. Aber auch den Gläubigern des Nießbrauchers gegenüber kann von einem Vorausrecht nicht die Rede sein, jedenfalls dann nicht, wenn der Nießbrauch nur an nicht verbrauchbaren Sachen besteht, denn sie sind ja Gläubiger des Nießbrauchers und nicht Gläubiger des Bestellers, und gemäß § 1067 B.G.B. verbleiben die Nießbrauchsgegenstände in diesem Fall im Eigentum des Bestellers. Aber auch wenn es sich um verbrauchbare Sachen handelt (§§ 1067, 1086

---

[1]) Lehrbuch S. 127.

[2]) a. a. O.

[3]) Wenn es auch nicht verkannt werden darf, daß es sich in letzterem Fall speziell um ein familienrechtliches Recht neben dem dinglichen handelt; Dernburg Bd. 4 S. 161 Anm. 2.

B.G.B.), haben jene Gläubiger nicht ein Vorrecht an den betreffenden Gegenständen; denn sie können ja nicht in diese Gegenstände Zwangsvollstreckung betreiben; ihnen gegenüber ist lediglich der Anspruch auf Wertersatz sofort fällig und diesen Anspruch können sie als Gläubiger des Bestellers alsbald pfänden lassen. Die begrifflichen Voraussetzungen eines Sonderkonkurses treffen demnach nicht zu.[1]) — Aber auch die Bedürfnisfrage wird zu verneinen sein. Kommt nämlich der Nießbraucher in Konkurs, so sind die Gläubiger des Bestellers nicht gehindert, Zwangsvollstreckung in das mit dem Nießbrauch belastete Vermögen zu betreiben. Denn der Nießbraucher ist nicht Eigentümer der in Frage stehenden Vermögensmasse; dieselbe gehört daher weder zu seiner Konkursmasse, noch zu seinem sonstigen Vermögen. Da außerdem diese Gläubiger, soweit sie ihren Anspruch gegen den Besteller verfolgen, nicht Konkursgläubiger sind, kann natürlich § 14 K.O. nicht in Frage kommen. Ist der Besteller ebenfalls in Konkurs geraten, so kann allerdings von einer Zwangsvollstreckung in die mit dem Nießbrauch belastete Masse keine Rede sein, da § 14 entgegensteht. Wie Labes aber mit Recht betont, greift hier ein Aussonderungsrecht des Bestellers gemäß § 1087 B.G.B. ein, welches vom Verwalter im Konkurs des Bestellers zu verfolgen ist. Freilich hat dies nicht zur Folge, daß nunmehr das gesamte belastete Vermögen an die Konkursmasse des Bestellers auszufolgen ist. Der Verwalter kann vielmehr nur soviel fordern, als zur Befriedigung eben jener Gläubiger notwendig ist; der Nießbraucher braucht nicht zuzulassen, daß auch andere Gläubiger aus dem herausgegebenen Vermögen teilweise befriedigt werden. Das Recht, das ihm durch § 1086 B.G.B. eingeräumt ist, daß nämlich nur die sogen. Vorgläubiger Befriedigung aus der Vermögensmasse suchen dürfen, kann ihm durch die Konkurseröffnung nicht eingeschränkt werden. So gestaltet sich m. E. die Rechtslage ganz ähnlich wie im Konkurs der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstand. Bei Verzicht auf das Nießbrauchsrecht steht natürlich einer gleichmäßigen Verwertung für alle Gläubiger nichts im Wege.

XI. Weiterhin kann auch ein Lehen oder Fideikommißvermögen in Konkurs geraten. Zwar spricht das Gesetz in § 52 von einer abgesonderten Befriedigung der Lehen-, Stammguts- und Familienfideikommiß-

[1]) Ebenso Hagenguth a. a. O. S. 76.

gläubiger aus dem Lehen, Stammgut oder Familienfideikommiß; es ist aber, wie aus der Verweisung auf die Vorschriften der Landesgesetze hervorgeht, denen ja nach Art. 5 E.G. z. K.O. die Normierung konkursrechtlicher Vorschriften hinsichtlich der Lehen, Stammgüter und Fideikommisse vollkommen vorbehalten ist, den Landesgesetzen überlassen, in welcher Weise sie die Befriedigung der Betreffenden regeln wollen.[1]) Es steht ihnen daher auch frei, ein besonderes Konkursverfahren über die betreffenden Vermögensmassen zu eröffnen. So spricht z. B. der Entwurf eines preußischen Gesetzes über Familienfideikommisse in § 93 von einem besonderen Fideikommißkonkurs, an dem sich die sog. Fideikommißgläubiger, die die Substanz des Fideikommißvermögens nicht angreifen dürfen, beteiligen können (§ 71 vgl. mit § 96 des Entwurfs). Für gewisse Schulden — in der Regel gehört die Substanz des Lehens nicht zur Konkursmasse des Lehensinhabers — haftet nämlich auch die Substanz des Lehens oder Fideikommißguts, z. B. für solche, welche der Ersterwerber des Gutes in der Absicht kontrahiert hat, daß sie auf die Lehensfolger übergehen sollen: auch haftet das Lehen oder Fideikommißgut meist für die Schulden, die auf einer Nachstiftung eines späteren Inhabers beruhen (vgl. Hagenguth a. a. O. S. 43). Ein solcher Konkurs ist zweifellos ein Sonderkonkurs; denn die begrifflichen Voraussetzungen liegen sämtlich vor. Gemeinschuldner ist der Fideikommißbesitzer. Auch da, wo die Landesgesetze einen besonderen Konkurs über das Fideikommißvermögen zur Befriedigung der Fideikommißgläubiger nicht erwähnen, wird ein Sonderkonkurs über das Fideikommißvermögen nicht ausgeschlossen sein[2]), wenn die Fideikommißgläubiger vor den Allodialgläubigern und denjenigen Gläubigern, die sich nur an die Revenüen halten können, aus dem Fideikommißvermögen ihre Befriedigung suchen dürfen. Denn bei der allgemeinen Statthaftigkeit eines Sonderkonkurses bedarf es, sobald die begrifflichen Voraussetzungen gegeben sind, einer besonderen Erwähnung nicht.[3])

---

[1]) Wenn auch damit ein reichsrechtliches Absonderungsrecht begründet ist (Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt S. 341), so ist dadurch noch nicht ausgeschlossen, daß die Landesgesetze die Befriedigung dieser Gläubiger auf andere Weise regeln.

[2]) Der preußische Entwurf setzt einen Fideikommißkonkurs voraus.

[3]) Anders Labes a. a. O. S. 117, der nur dann einen solchen zuläßt, wenn er landesrechtlich stattfindet, d. h. also besonders erwähnt ist.

XII. Ein Sonderkonkurs ist ferner zulässig im Fall des § 419 B.G.B. Wenn jemand das Vermögen eines anderen durch Vertrag übernimmt, so wird er nach § 419 Abs. 1 zugleich Schuldner der bisherigen Gläubiger seines Rechtsvorgängers.. Die Haftung des Uebernehmers den neuen Gläubigern gegenüber beschränkt sich nach Abs. 2 auf den Bestand des übernommenen Vermögens. Die neuen Gläubiger können also das eigene Vermögen des Uebernehmers nicht angreifen, was in § 786 C.P.O. gewährleistet ist. Die eigenen Gläubiger des Uebernehmers können aber ungehindert in das übernommene Vermögen Vollstreckung betreiben, da es ja Eigentum ihres Schuldners ist; die neuen Gläubiger können sie jedenfalls nicht daran hindern. Wir haben also in der Hand des Uebernehmers zwei Vermögensmassen, deren eine seinen bisherigen Gläubigern allein, deren andere aber diesen und den neuen Gläubigern als Befriedigungsfonds dient. Um diese Haftungssonderung zu verwirklichen, muß zu Gunsten der bisherigen Gläubiger des Uebernehmers ein Sonderkonkurs eröffnet werden, dessen Masse das eigene Vermögen des Uebernehmers bildet und dessen Konkursgläubiger seine bisherigen Gläubiger sind. Wird alsdann auch über das übernommene Vermögen ein Konkursverfahren eröffnet, so können in diesem Verfahren die bisherigen Gläubiger des Uebernehmers nur mit dem Betrag berücksichtigt werden, mit dem sie im ersten Konkurs ausgefallen sind. (Arg. § 212 K.O.)

XIII. Ein weiterer Sonderkonkurs wird von manchen[1]) angenommen bei der Fusion zweier Aktiengesellschaften, bei welcher gemäß § 306 H.G.B. eine Liquidation der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfinden soll. Hier soll über das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft, wie schon die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch S. 168 ausführt, ein besonderes Konkursverfahren zu Gunsten der bisherigen Gläubiger derselben zulässig sein. Jäger[2]) bezeichnet diesen Konkurs als Gesamtkonkurs, in welchem die aufgelöste Gesellschaft Gemeinschuldnerin sei; dies ergebe sich aus der Fiktion des § 306 Abs. 4 H.G.B. Diese Fiktion will aber doch nur sagen, daß bis zur Vereinigung der beiden Vermögensmassen die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft Zwangsvollstreckung in das

[1]) Schad a. a. O. S. 32; Goldstein in Hirth's Annalen 1901 S. 721 f.

[2]) K.O. § 207 Anm. 2.

Vermögen der aufgelösten Gesellschaft nicht betreiben können, daß ihnen also in dieser Zeit das übernommene Vermögen noch nicht haftet, obwohl es gemäß § 304 Abs. 5 H.G.B. bereits Vermögen ihrer Schuldnerin, der Aktiengesellschaft, ist. Meines Erachtens liegen hier die Verhältnisse anders als bei der im Auflösungsstadium befindlichen Gesellschaft in Liquidation oder bei der Abwicklung der Rechtsverhältnisse einer nichtigen Gesellschaft, für welche ja die für die Auflösung geltenden Vorschriften Anwendung finden (§ 311 H.G.B.) In den letzteren Fällen haben wir eine Abwicklungsgesellschaft, für die die Rechtspersönlichkeit bei der Abwicklung bestehen bleibt. Anders bei der Fusion. Mit der Eintragung des Beschlusses der Generalversammlung über die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens gilt der Uebergang des Vermögens als erfolgt (§ 304 Abs. 5 H.G.B.). Die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft ist damit untergegangen, von einer Abwicklungsgesellschaft kann nicht die Rede sein; dagegen spricht insbesondere die in § 306 angeordnete getrennte Vermögensverwaltung der beiden Vermögensmassen. Es kann nicht nachher plötzlich wieder eine juristische Person auftauchen. Deshalb spricht Staub[1]) m. E. mit Recht davon, daß die übernehmende Gesellschaft in Konkurs komme, doch so, daß nur das übernommene Vermögen in die Verwaltung des Konkursverwalters übergehe. Da das übernommene Vermögen bis zum Zeitpunkt der Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften (§ 306 Abs. 5 H.G.B.) im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt (§ 306 Abs. 4), so heißt dies m. a. W., daß bis zu jenem Zeitpunkt die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft nicht angreifen dürfen. Dieses Vermögen haftet also bis zu jenem Zeitpunkt nur den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft, obwohl es juristisch Eigentum der übernehmenden Gesellschaft ist. — *Deshalb ist der Konkurs über das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ein Sonderkonkurs.*

XIV. Einen besonderen Fall behandelt ferner § 219 Abs. 1 K.O. Nach § 1973 B.G.B. haftet der Erbe den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern, sowie den ihnen gleichgestellten (§ 1974 B.G.B.) Nachlaß-

[1]) Kommentar zum H.G.B. § 306 Anm. 19.

gläubigern nur mit dem nach Befriedigung der übrigen Nachlaßgläubiger verbleibenden Ueberschuß; er hat ihnen diesen Ueberschuß nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben (§ 1973 Abs. 2). Reicht der Ueberschuß nicht aus, so besteht ein Konkursbedürfnis unter den auf diesen Ueberschuß angewiesenen Nachlaßgläubigern. Das Gesetz gestattet aber einen Konkurs über den Ueberschuß nur dann, wenn der Erbe mit seinem Nichtsondervermögen in Konkurs gefallen ist (§ 219 Abs. 1 K.O.); denn in diesem Falle sind gegenüber den Nichtsondergläubigern ihre Ansprüche gefährdet, während sie doch ihnen gegenüber zweifellos bevorrechtigte Nachlaßgläubiger bleiben.[1]) Der Konkurs des § 219 Abs. 1 K.O. ist kein Nachlaßkonkurs, weil ja nur der Ueberschuß des Nachlasses die Konkursmasse bildet, während doch im Nachlaßkonkurs der gesamte Nachlaß zur Konkursmasse gehört. Da in dem Verfahren nur die oben genannten Nachlaßgläubiger, sowie die in § 219 Abs. 1 K.O. weiter aufgeführten Gläubiger teilnahmeberechtigt sind, handelt es sich um eine Sonderklasse von Gläubigern, die sich aus einer Sondermasse des Erben, nämlich dem Ueberschuß, vorweg befriedigen kann. Es liegen also die Begriffsmerkmale des Sonderkonkurses vor.[2])

XV. Daß die juristische Person, wenn sie in Konkurs gerät, auch im Konkursverfahren die juristische Persönlichkeit beibehält und daß somit dieser Konkurs ein Universalkonkurs ist[3]), wurde oben schon eingehend ausgeführt.[4]) Wenn aber das Vermögen der juristischen Person dem Fiskus angefallen ist (§ 46 B.G.B.) und nach dem Anfall Konkurs über dieses Vermögen eröffnet wird, so ist dieser Konkurs ein Sonderkonkurs.[5]) Da die Vorschriften über eine dem Fiskus angefallene Erbschaft entsprechende Anwendung finden, so wird dieser Konkurs wie ein Nachlaßkonkurs behandelt. Nur ein Teil des Vermögens des Fiskus, nämlich das angefallene Vermögen der juristischen Person, bildet die Konkursmasse; am Ver-

---

[1]) Hagenguth a. a. O. S. 64.

[2]) Hagenguth a. a. O. S. 63 ff.; Jäger K.O. § 217 ff. Anm. 15.

[3]) Hagenguth a. a. O. S. 65 ff.

[4]) S. § 3 B I 2 der Arbeit.

[5]) Hagenguth a. a. O.; Jäger K.O. § 213 Anm. 1 a, 8 a; § 25 Anm. 9; dort auch Literatur.

fahren können aber (Arg. § 46 B.G.B.) nur die Gläubiger der juristischen Person teilnehmen, entsprechend den Nachlaßgläubigern beim Nachlaßkonkurs. Dasselbe gilt von dem dem Fiskus angefallenen Vermögen einer erloschenen Stiftung (§ 88 B.G.B.).

XVI Nach § 1 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 ist der Empfänger von Baugeld verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung der sogen. Baugläubiger zu verwenden. Dieser Pflicht steht aber nicht etwa ein Recht der Baugläubiger gegenüber, vorzugsweise Befriedigung aus dem Baugeld zu erlangen; sie haben nur das jedem Gläubiger zustehende Recht auf Zahlung aus dem Vermögen des Schuldners überhaupt; ein Sonderkonkurs zu Gunsten der Baugläubiger ist daher nicht möglich.[1])

XVII. Eigentümlich ist die Umwandlung aus einem Sonderkonkurs dann, wenn im Regelkonkurs der Gemeinschuldner durante concursu stirbt.[2]) Der Erbe des Gemeinschuldners befindet sich hier alsbald in der Lage, daß ein Teil seines Vermögens vergantet ist, woran sich nur die zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens vorhandenen Gläubiger beteiligen dürfen. Damit ist freilich die sehr bestrittene Frage noch nicht entschieden, ob hier nunmehr ein Nachlaßkonkurs vorliegt.

---

[1]) Sieburg J.W. 1911 S. 393.

[2]) Vgl. Hagenguth a. a. O. S. 69 ff.; bes. S. 72.

Zur Beachtung!

Während der Drucklegung ist eine Aenderung im Inhaltsverzeichnis bei Paragraph 21 vorgenommen worden; die Hinweise auf diesen Paragraphen sind demnach auch für Paragraph 22 maßgebend.